

Orgaantransplantatie

Een juridische analyse

Proefschrift voorgelegd tot het behalen van de graad van

Doctor in de Rechten

aan de Universiteit Antwerpen, te verdedigen door

Nils Broeckx

Promotoren: prof. dr. Thierry Vansweevelt en prof. dr. Kristof Van Assche
Antwerpen, 2016

Inhoudstafel

DEEL I. INLEIDING	1
HOOFDSTUK I. MEDISCHE SITUERING	1
AFDELING 1. TRANSPLANTATIEGENEESKUNDE	1
§ 1. BEGRIP ‘TRANSPLANTATIE’	1
§ 2. TOEPASSINGEN	2
A. <i>Orgaantransplantatie</i>	2
1. Niertransplantatie	3
2. Levertransplantatie	3
3. Harttransplantatie	3
4. Longtransplantatie	4
5. Pancreastransplantatie	4
6. Darmtransplantatie	5
7. Combinaties	5
B. <i>Weefseltransplantatie</i>	6
C. <i>Celtransplantatie</i>	7
D. <i>Transplantatie van samengestelde weefsels</i>	8
AFDELING 2. DE EIGENHEID VAN ORGAANTRANSPLANTATIE	10
§ 1. PRESERVATIE	10
§ 2. IMMUNOLOGIE	11
§ 3. BELANG VAN DE TRANSPLANTATIE VOOR DE ONTVANGER	13
§ 4. HET ORGAANTEKORT	15
A. <i>Orgaandonatie in cijfers</i>	15
B. <i>Alternatieven voor orgaandonatie</i>	17
1. Preventie	17
2. Xenotransplantatie	18
3. Kunstorganen	19
4. Reproductief klonen	19
5. Regeneratieve geneeskunde	20
C. <i>De toekomst van orgaandonatie</i>	21
HOOFDSTUK II. JURIDISCHE SITUERING	22
AFDELING 1. ONDERZOEKSVRAAG	22
AFDELING 2. ONDERZOEKSMETHODE	24
§ 1. NATIONALE DIMENSIE	25
A. <i>Uitgangspunt</i>	25
B. <i>Rechtsvergelijking</i>	25
C. <i>Interdisciplinariteit</i>	27
§ 2. SUPRA- EN INTERNATIONALE DIMENSIE	27
A. <i>De Europese Unie</i>	27
B. <i>De Raad van Europa</i>	29
C. <i>Overige internationale spelers</i>	30
AFDELING 3. ONDERZOEKSTRUCTUUR	31
DEEL II. HET ORGAANTRANSPLANTATIEBELEID	33
HOOFDSTUK I. DOELSTELLINGEN	33
AFDELING 1. DE WET VAN 1986 EN ORGAANKWANTITEIT	33
§ 1. EEN MAATREGEL TEGEN HET ORGAANTEKORT	33
§ 2. DOELTREFFENDHEID	34

A. De rol van gedragsnormen	34
B. De complementaire rol van sensibilisering	35
1. Belang van sensibilisering	35
2. Juridisering van de sensibilisering	36
3. Verdere juridisering van de sensibilisering	38
AFDELING 2. DE WIJZIGINGSWET VAN 2012 EN ORGAANKWALITEIT	39
§ 1. HET EUROPEES BELEID INZAKE KWALITEIT EN VEILIGHEID VAN ORGANEN	39
A. Bevoegdheid	39
B. Krachtlijnen	41
§ 2. OMZETTING NAAR BELGISCH RECHT.	43
HOOFDSTUK II. HANDHAVING	45
AFDELING 1. STRAFRECHTELIJK KARAKTER	45
AFDELING 2. BURGERRECHTELIJK KARAKTER	46
AFDELING 3. VERHOUDING MET HET MEDISCH TUCHTRECHT	47
HOOFDSTUK III. TOEPASSINGSGEBIED	49
AFDELING 1. ORGANEN	49
§ 1. HET JURIDISCH ONDERSCHIED TUSSEN ORGANEN EN ANDER LICHAAMSMATERIAAL	49
A. Verhouding met de Wet Menselijk Lichaamsmateriaal	49
1. Ontstaan van de Wet Menselijk Lichaamsmateriaal	49
2. Organen in de Wet Menselijk Lichaamsmateriaal	51
B. Nood aan een bijzondere wet voor transplantatie van organen	51
§ 2. DEFINIËRING VAN ‘ORGAAN’	53
A. Een lichaamsdeel	53
B. Menselijk karakter	54
C. Welbepaalde anatomie en fysiologie	54
1. Differentiatie	54
2. Aanwezigheid van bepaalde kenmerken en hun behoud	55
3. Samengestelde weefsels	57
4. Delen van organen	58
5. Artificiële organen	61
D. Uitgesloten lichaamsmateriaal	61
1. Reproductief lichaamsmateriaal	61
2. Beenmerg	63
§ 3. VOORSTEL TOT EEN CONCRETERE ORGAANDEFINITIE	64
AFDELING 2. DE HANDELINGEN	66
§ 1. KERNHANDELINGEN	66
A. Doneren en wegnemen	66
1. Wegnemen en wegnemingsproces	66
2. Doneren	67
B. Transplanteren	69
1. Transplanteren en transplantatieproces	69
2. Transplantatie van een ‘donor’ naar een ‘ontvanger’	70
a. Begin van de persoon	70
1) Algemene regel	70
2) Toepassing op de donor	72
3) Toepassing op de ontvanger	73
a) Fetal listing	73
b) Levend maar niet spontaan levensvatbaar	74
b. Het einde van de persoon	75
c. Het aantal personen	75
3. Transplantatie van bioartificiële organen	75
4. Autotransplantatie	75
§ 2. ONDERSTEUNENDE HANDELINGEN	77

A.	<i>Handelingen op basis van artikel 1 Orgaantransplantatiewet</i>	78
B.	<i>Handelingen op basis van artikel 1bis Orgaantransplantatiewet</i>	80
AFDELING 3.	HET OOGMERK	82
§ 1.	TRANSPLANTATIEOOGMERK	83
§ 2.	ONDERZOEKSOOGMERK	84
A.	<i>Wetenschappelijk onderzoek</i>	84
B.	<i>Experimentele transplantatie</i>	85
1.	Gemend oogmerk	85
2.	Verhouding met de Wet Medische Experimenten	85
C.	<i>Overige vormen van kennisvergaring</i>	88
§ 3.	VERWIJDERING	88
§ 4.	BEREIDING VAN GEZONDHEIDSPRODUCTEN	90
§ 5.	SECUNDAIR GEBRUIK	91
DEEL III.	ORGANISATIE VAN DE ORGAANTRANSPLANTATIESECTOR	93
HOOFDSTUK I.	HET NON-COMMERCIALITEITSPRINCIPE	93
AFDELING 1.	GRONDSLAGEN VAN HET NON-COMMERCIALITEITSPRINCIPE	93
§ 1.	EEN OGENSCHIJNLIJKE CONSENSUS	93
§ 2.	BEZWAREN TEGEN ORGAANVERKOOPSOVEREENKOMSTEN	97
A.	<i>Toestemming en bekwaamheid</i>	97
B.	<i>Voorwerp</i>	98
1.	Organen als zaken	99
2.	Eigenaar van organen	100
3.	Organen ‘in de handel’	101
C.	<i>Geoorloofde oorzaak</i>	101
1.	Menselijke waardigheid	102
2.	Menselijke gelijkwaardigheid	103
3.	Volksgezondheid	105
a.	De gezondheid van de donor	105
b.	De gezondheid van de ontvanger	106
1)	Orgaankwaliteit en -veiligheid	106
2)	Orgaankwantiteit	107
§ 3.	VOORSTEL TOT AANHOUDENDE REFLECTIE	108
AFDELING 2.	HANDHAVING VAN HET NON-COMMERCIALITEITSPRINCIPE	109
§ 1.	HET VERBOD OP ORGAANHANDEL	110
A.	<i>Het verbod op betaalde donatie</i>	110
1.	Bestrafing aan de donorzijde	110
a.	Donatie	110
b.	Betaling	111
c.	Algemeen opzet	114
d.	Terzijde: vrijwilligheid	114
2.	Bestrafing aan de ontvangerzijde	114
B.	<i>Het verbod op orgaanwegname met winstoogmerk</i>	115
1.	Wegnemen van organen	115
2.	Winstoogmerk	116
C.	<i>Het publiciteitsverbod</i>	117
1.	Onder de aandacht brengen	117
2.	Financiële of vergelijkbare voordelen	118
§ 2.	HET VERBOD OP MENSENHANDEL MET HET OOG OP ORGAANWEGNAME	119
A.	<i>Universele bestrafing</i>	120
B.	<i>Strafbare acties</i>	120
1.	Tussenpersonen	121
2.	Ontvangers	121
3.	Levende donoren	123
C.	<i>Orgaanwegname in strijd met de Orgaantransplantatiewet</i>	124
1.	Het wegnemingsdoel	124

2.	Strijdigheid met de Orgaantransplantatiewet.....	125
§ 3.	HET ANONIMITEITSGEBOD.....	125
A.	<i>Ratio legis</i>	126
1.	Vermijden van patrimoniale rechten en plichten.....	126
2.	Vermijden van extrapatrimoniale rechten en plichten.....	127
B.	<i>Verbod op mededeling</i>	128
C.	<i>Identiteit van de donor en de ontvanger</i>	130
D.	<i>Algemeen opzet</i>	131
E.	<i>Uitzonderingen op het anonimiteitsgebod</i>	131
1.	Levende donoren en ontvangers die elkaar kennen.....	131
2.	Toestemming.....	133
a.	Huidig recht: toestemming quasi-irrelevant.....	133
1)	De strikte visie.....	133
2)	De soepele visie.....	134
b.	Toekomstig recht: toestemming relevant onder voorwaarden?.....	134
1)	Onvoldoende noodzaak?.....	135
2)	Gevaar voor commercialiteit?.....	135
3)	Gevaar voor psychosociale nadelen?.....	135
4)	Gevaar voor onrechtvaardige orgaanallocatie?.....	137
5)	Voorstel tot een voorwaardelijke toestemmingsgebaseerde uitzondering.....	137
§ 4.	VOORSTEL TOT VERFIJNING.....	138
A.	<i>Bestrafing</i>	138
B.	<i>Preventie</i>	139
1.	Het anonimiteitsgebod.....	139
2.	De preventieve functie van bestrafing.....	140
3.	De bestrijding van het orgaantekort.....	141
	HOOFDSTUK II. ERKENNINGSNORMEN VOOR DE ACTOREN.....	142
	AFDELING 1. ACTOREN BINNEN EEN TRANSPLANTATIEPROCEDURE.....	142
§ 1.	PERSONEEL: ALGEMEEN.....	142
§ 2.	TRANSPLANTATIECENTRA.....	143
A.	<i>Ziekenhuismonopolie</i>	144
1.	Algemeen.....	144
2.	Ziekenhuismonopolie voor orgaanwegname.....	146
a.	Orgaanwegname bij leven.....	146
b.	Orgaanwegname na overlijden.....	146
3.	Ziekenhuismonopolie voor orgaantransplantatie.....	147
a.	Transplantatie met organen van levende donoren.....	147
b.	Transplantatie met organen van overleden donoren.....	147
4.	Ziekenhuismonopolie voor ondersteunende handelingen.....	148
B.	<i>Artsenmonopolie</i>	148
1.	Algemeen.....	148
2.	Artsenmonopolie voor orgaanwegname en -transplantatie.....	149
a.	Het wegnemingsteam.....	149
b.	Het transplantatieteam.....	151
3.	Artsenmonopolie voor ondersteunende handelingen.....	152
a.	Niet-medische omkadering.....	152
b.	Medische omkadering.....	153
§ 3.	FUNCTIES “LOKALE DONORCOÖRDINATIE”.....	154
A.	<i>Donoreffectuering</i>	154
1.	Het ‘Spaanse model’.....	154
2.	Het GIFT-project.....	157
B.	<i>De Belgische donorcoördinatieteams</i>	158
1.	Samenstelling.....	158
2.	Taken.....	159
a.	Donoridentificatie.....	160
b.	Contacten met de naasten.....	161
c.	Klinisch donormanagement.....	162
3.	Inbedding in het ziekenhuismonopolie op orgaanwegname.....	164
a.	Algemene ziekenhuizen.....	164

1)	Aanwezigheid van een functie “lokale donorcoördinatie”	164
2)	Het samenwerkingsakkoord met een transplantatiecentrum	166
b.	Universitaire ziekenhuizen	168
§ 4.	ORGAANSPECIFIEKE ACTOREN	169
A.	<i>Zorgprogramma’s Cardiale Pathologie T</i>	169
1.	Algemeen	169
2.	Hart- en hartlongtransplantatie	170
3.	Hart- en hartlongwegname	171
B.	<i>Centra voor chronische nierinsufficiëntie</i>	173
1.	Algemeen	173
2.	Niertransplantatie	173
3.	Nierwegname	175
§ 5.	DE EUROPESE ORGAANUITWISSELINGSORGANISATIE (EUROTRANSPLANT)	176
§ 6.	LABORATORIA	179
§ 7.	ORGAANVERVOERDERS	180
AFDELING 2. ACTOREN BUITEN EEN TRANSPLANTATIEPROCEDURE		180
§ 1.	DE ‘BEVOEGDE AUTORITEIT’	181
§ 2.	DE GENEESHEER-DIENSTHOOFD VAN HET TRANSPLANTATIECENTRUM	182
§ 3.	INTERNE TRANSPLANTATIERADEN	183
§ 4.	DE BELGISCHE TRANSPLANTATIERAAD	184
§ 5.	SAMENWERKINGSVERBAND(EN) “WEGNAME EN TRANSPLANTATIE VAN ORGANEN”	186
A.	<i>Algemeen</i>	186
B.	<i>Overeenkomst tussen zorgaanbieders</i>	187
C.	<i>Werking</i>	188
§ 6.	INSPECTEURS VAN DE FOD VOLKSGEZONDHEID	189
AFDELING 3. VOORSTEL TOT VERFIJNING (BIS)		190
DEEL IV. DE LEVENDE DONOR		192
HOOFDSTUK I. TYPOLOGIE		192
AFDELING 1. DIRECTE TRANSPLANTATIE		192
AFDELING 2. DOMINOTRANSPLANTATIE		194
AFDELING 3. GEPAARDE TRANSPLANTATIE		195
HOOFDSTUK II. GRONDSLAGEN VOOR DE TOELAATBAARHEID VAN ORGAANWEGNAME BIJ LEVEN		197
AFDELING 1. PROBLEEMSTELLING		197
AFDELING 2. JURIDISCHE BESCHERMING VAN DE FYSIEKE INTEGRITEIT VAN DE DONOR		200
§ 1.	ORGAANWEGNAME ALS GEMEENRECHTELIJK MISDRIJF	200
§ 2.	STRAFRECHTELIJKE IMMUNITEIT	202
A.	<i>De nood aan strafrechtelijke immuniteit</i>	202
B.	<i>De voorwaarde van het legitiem doel</i>	204
1.	Orgaanwegname en het therapeutisch oogmerk	204
2.	De levende orgaandonor als patiënt	207
C.	<i>De voorwaarde van toestemming</i>	210
1.	Grondslagen voor de toestemmingsvoorwaarde	210
2.	Gedwongen orgaanwegname?	215
3.	Privaatrechtelijke gevolgen van de toestemming	216
a.	Verhouding tussen levende donor en arts/ziekenhuis	216
b.	Verhouding tussen levende donor en ontvanger	219
D.	<i>De voorwaarde van de evenredigheid</i>	221
1.	Grondslagen van de evenredigheidsvoorwaarde	221
2.	Recht op orgaandonatie?	226
E.	<i>Zorgvuldig handelen</i>	227

AFDELING 3. TOESTEMMING VERSUS EVENREDIGHEID.....	228
HOOFDSTUK III. TOESTEMMING.....	229
AFDELING 1. PERSOONLIJK KARAKTER.....	229
§ 1. SYSTEEM VAN GEDEELDE TOESTEMMING	229
§ 2. KRITIEK OP DE GEDEELDE TOESTEMMING.....	230
AFDELING 2. WILSBEKWAAM KARAKTER	232
§ 1. GRONDSLAG	232
§ 2. DE WET HERVORMING ONBEKWAAMHEID.....	233
A. <i>De oude onbekwaamheidsstatuten.....</i>	233
B. <i>Het nieuwe statuut van 'beschermde persoon'</i>	234
C. <i>Voorstel tot wijziging van de regels inzake beschermde personen</i>	236
§ 3. BEOORDELING VAN DE WILSBEKWAAMHEID	237
A. <i>Algemeen principe</i>	237
B. <i>Typegevallen.....</i>	238
§ 4. VERBOD OP VERTEGENWOORDIGING	239
AFDELING 3. VRIJ EN BEWUST KARAKTER.....	240
§ 1. GRONDSLAG	240
§ 2. DWANG	241
A. <i>Algemeen</i>	241
B. <i>Familiale dwang.....</i>	242
C. <i>Buitenfamiliale dwang.....</i>	245
D. <i>Preventie van dwang</i>	247
1. Het voorstel tot orgaandonatie	247
a. Voorstel aan de ontvanger	247
b. Voorstel aan de potentiële donoren	248
2. Privégesprekken	249
3. Het 'medisch excuus'	250
§ 3. VERKEERDE VOORSTELLING VAN DE WERKELIJKHEID.....	252
A. <i>Bedrog.....</i>	252
B. <i>Dwaling</i>	253
AFDELING 4. ALTRUIÏSTISCH KARAKTER	254
§ 1. GRONDSLAG	254
§ 2. NIET-GERELATEERDE DONOREN	256
A. <i>Algemeen</i>	256
B. <i>Eerste bezorgdheid: psychopathologieën</i>	259
C. <i>Tweede bezorgdheid: orgaanhandel.....</i>	260
1. Probleemstelling.....	260
2. Hypothesen.....	262
a. Eerste hypothese: anonimiteit is mogelijk	262
b. Tweede hypothese: anonimiteit is niet meer mogelijk.....	263
D. <i>Derde bezorgdheid: cross-over donatie</i>	265
1. Gelijkwaardigheid van de donorruil	265
2. Anonimiteit tussen de koppels	266
3. Niet-gerelateerde karakter van cross-over donatie	268
§ 3. GEVANGENEN ALS DONOR.....	269
A. <i>Inleiding.....</i>	269
B. <i>Strafuitvoeringsvoordelen als motivatie</i>	270
C. <i>Nood aan een uitzondering op het altruïsme?</i>	271
1. Maatschappelijke voordelen.....	271
2. Risico op dwang.....	271
3. Discriminatie.....	274
4. Kwaliteit en veiligheid voor de ontvanger.....	275
5. Sociale repercussies	276

D. Altruïsme als noodzakelijke, maar niet onmogelijke voorwaarde	276
AFDELING 5. GEÏNFORMEERD KARAKTER	278
§ 1. GRONDSLAG	278
§ 2. INFORMATIEPLICHTIGE EN -GERECHTIGDE	279
A. <i>Informatieplichtige</i>	279
1. De arts	279
a. Delegatieverbod	279
b. Voorstel tot versoepeling van het delegatieverbod	279
2. De donor	280
B. <i>Informatiegerechtigde</i>	281
1. De donor	281
2. De vertrouwenspersoon van de donor	281
§ 3. VORM VAN DE INFORMATIEVERSTREKKING	282
§ 4. TIJDSTIP VAN DE INFORMATIEVERSTREKKING	283
§ 5. OMVANG VAN DE INFORMATIEPLICHT	286
A. <i>De informatiestandaard</i>	286
1. Het relevantie criterium	286
a. Relevantie versus volledigheid	286
b. Voorstel tot explicitering van het relevantie criterium	287
2. Verfijning van het relevantie criterium	289
a. Invloed van de ernst en de frequentie van de gevolgen van de orgaanwegname	289
b. Invloed van de persoon van de donor	290
c. Invloed van het geringe therapeutische nut van orgaanwegname?	292
B. <i>De informatie categorieën</i>	293
1. Algemeen	293
2. Informatie over lichamelijke en psychische gevolgen	293
3. Informatie over familiale en sociale gevolgen	295
a. Algemeen	295
b. Financiële informatie	296
c. Juridische informatie	297
4. Informatie over de ontvanger	298
a. Donor en ontvanger zijn niet anoniem	298
1) Relevante informatie	298
2) Schijnbaar irrelevante informatie	300
b. Donor en ontvanger zijn anoniem	302
5. Informatie over een andere donor	302
6. Informatie over dominotransplantatie	302
§ 6. UITZONDERINGEN OP DE INFORMATIEPLICHT	305
A. <i>Verzwijgingen op initiatief van de arts</i>	305
B. <i>Verzwijgingen op vraag van de donor</i>	307
AFDELING 6. OORDEELKUNDIG KARAKTER	309
§ 1. DE GEVOLGEN KENNEN EN KUNNEN BEGRIJPEN	309
§ 2. DE GEVOLGEN EFFECTIEF BEGRIJPEN	309
AFDELING 7. FORMEEL KARAKTER	310
§ 1. GRONDSLAG	310
§ 2. DE SCHRIFTELIJKE TOESTEMMING	312
§ 3. AANVULLENDE SCHRIFTELIJKE VERKLARINGEN	313
§ 4. DE GETUIGE	314
A. <i>Kwalificatievereisten</i>	314
B. <i>Voorstel tot afschaffing van het getuigevereiste</i>	315
§ 5. HET PATIËNTENDOSSIER VAN DE DONOR	316
AFDELING 8. HERROEPBAAR KARAKTER	317
§ 1. GRONDSLAG	317
§ 2. VORM VAN DE HERROEPING	318
A. <i>Vormvrijheid en voorstel tot explicitering</i>	318

B.	<i>Bewijs van de herroeping</i>	318
§ 3.	GEVOLGEN VAN DE HERROEPING.....	320
A.	<i>Directe transplantaties</i>	320
1.	Herroeping <i>vóór</i> orgaanwegneming	320
a.	Verbod op orgaanwegneming	320
b.	Rechtsmisbruik.....	321
2.	Herroeping <i>na</i> orgaanwegneming, maar <i>vóór</i> inplanting	324
a.	Grondslagen	325
b.	Voorstel tot expliciete begrenzing van het herroepingsrecht	327
3.	Herroeping na inplanting bij de ontvanger	328
B.	<i>Gepaarde transplantaties</i>	329
1.	<i>Cross-over</i> transplantatie.....	329
2.	Gepaarde kettingruil.....	332
AFDELING 9. CONTROLE OP DE GELDIGHEID VAN DE TOESTEMMING.....		333
§ 1.	DONOR ADVOCACY ALS NORM	333
A.	<i>Begrip</i>	333
B.	<i>Drie kenmerken</i>	334
§ 2.	CONTROLEVORMEN.....	337
A.	<i>Controle door de wegnemende arts</i>	337
1.	Controle op het geïnformeerde, vrije, bewuste en oordeelkundige karakter	337
2.	Controle op het altruïstisch karakter.....	339
3.	Controle op de vormvereisten	340
a.	Interpretatieperikelen.....	340
b.	Voorstel tot wettelijke verduidelijking	341
4.	De wegnemende arts als donoradvocaat?.....	341
B.	<i>Controle door multidisciplinair overleg</i>	342
1.	Taakomschrijving.....	343
2.	Deelnemers aan het overleg	344
3.	Onafhankelijkheid	346
4.	Het multidisciplinair overleg als donoradvocatenteam?	347
a.	Een ideaal platform voor <i>donor advocacy</i>	347
b.	Voorstel tot preciezere uitwerking	347
C.	<i>Controle door het ethisch comité</i>	348
D.	<i>Controle door de rechter</i>	349
AFDELING 10. VOORSTEL TOT EEN EVENWICHTIGERE AUTONOMIEBESCHERMING.....		351
HOOFDSTUK IV. EVENREDIGHEID		353
AFDELING 1. HET ONAANVAARDBAARHEIDSCRITERIUM.....		353
§ 1.	GRONDSLAG	353
§ 2.	INTERNE KOSTEN-BATENANALYSE	355
A.	<i>Lichamelijke parameters</i>	355
1.	Lichamelijke kosten	355
a.	Het orgaan	355
b.	De gezondheidstoestand van de donor	357
c.	Omkadering van de zorg	358
d.	De relatie tussen donor en ontvanger.....	359
2.	Lichamelijke baten	359
3.	Gebrek aan kennis over de lichamelijke gevolgen	360
a.	Beoordeling bij wetenschappelijke onzekerheid	360
b.	Follow-up en registratie van levende donoren.....	360
B.	<i>Psychosociale parameters</i>	363
1.	Belang van de psychosociale gevolgen	363
a.	Psychosociale kosten.....	363
b.	Psychosociale baten.....	363
2.	Subparameters	364
a.	De wil van de donor	364
b.	Lichamelijke resultaten voor de ontvanger en de donor	365
c.	De hechtheid van de relatie tussen donor en ontvanger	366

d.	Gebrek aan relatie met de ontvanger	366
e.	Morele steun.....	368
3.	Gebrek aan kennis over de psychosociale gevolgen.....	368
C.	<i>Financiële parameters</i>	369
1.	Relevantie van de financiële gevolgen	369
a.	Onrechtstreeks belang	369
b.	Financiële baten.....	370
c.	Financiële kosten.....	370
2.	Vergoedingsovereenkomsten	372
3.	De vergoeding op basis van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid	373
a.	De uitvoering van orgaanwegneming.....	374
b.	De reddende donor-vordering.....	376
c.	Mislukte orgaantransplantatie	379
d.	Experimentele orgaanwegneming	380
e.	Naar een foutloze aansprakelijkheid voor schade ingevolge orgaanwegneming?	381
4.	Vergoeding op basis van de nationale solidariteit	384
a.	De Wet Medische Ongevallen	384
1)	Toepassingsgebied.....	384
2)	Voorstel tot expliciete bevestiging van de toepasselijkheid op levende donoren	386
b.	De ZIV-wetgeving en het KB Vergoeding Levende Donor	387
1)	Principe.....	387
2)	De ZIV-wetgeving.....	388
3)	KB Vergoeding Levende Donor	390
4)	Voorstel tot hervorming.....	392
5.	Specifieke bescherming.....	395
a.	Voorstel tot bescherming tegen verzekeringsdiscriminatie	395
b.	Voorstel tot ontslagbescherming	398
§ 3.	EXTERNE KOSTEN-BATENANALYSE	399
A.	<i>De ontvanger</i>	400
1.	Relevantie van de gevolgen voor de ontvanger	400
2.	Subparameters inzake de gevolgen voor de ontvanger.....	402
B.	<i>De samenleving</i>	404
1.	Relevantie van de gevolgen voor het algemeen belang.....	404
2.	Sub-parameters inzake de gevolgen voor het algemeen belang	405
a.	Financiële impact	405
b.	Impact op de wachttijd	405
c.	Impact op het publiek vertrouwen	406
d.	Impact op de medische wetenschap.....	407
C.	<i>De naasten van de donor</i>	408
§ 4.	VOORSTEL TOT AANPASSING VAN HET ONAANVAARDBAARHEIDSCRITERIUM	408
	AFDELING 2. HET ULTIMUM REMEDIUM-CRITERIUM.....	409
§ 1.	GRONDSLAG	409
§ 2.	DE VERZWARENDE OMSTANDIGHEDEN.....	411
A.	<i>Het ernstcriterium</i>	411
1.	Aard van de gevolgen.....	411
2.	Ernst van de gevolgen	411
3.	Frequentie van de gevolgen.....	413
4.	De maximumgrens van ernst.....	413
a.	Het argument van het toepassingsgebied van de Orgaantransplantatiewet.....	414
b.	Het argument van artikel 8, § 1 Orgaantransplantatiewet.....	414
c.	Het argument van artikel 3, § 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet.....	415
1)	Principe.....	415
2)	Toepassing in het licht van de ‘dead donor rule’	415
3)	Toepassing inzake andere ernstige gevolgen dan de dood.....	419
d.	Het argument van de Euthanasiewet.....	420
5.	Voorstel tot aanvulling van het ernstcriterium	421
B.	<i>Het regeneratiecriterium</i>	422
1.	Begrip en <i>ratio legis</i>	422
2.	Toepassingsgevallen	423
a.	Nieren.....	423

b.	Lever	424
c.	Overige organen	424
3.	Voorstel tot afschaffing van het regeneratiecriterium	425
§ 3.	VERZWAARDE VOORWAARDEN	425
A.	<i>Het levensgevaarcriterium</i>	426
1.	Een bepaalde ontvanger	426
2.	Organen met levensnoodzakelijke functie	427
3.	Levensgevaar en urgentie	428
a.	In theorie: de strikte interpretatie	428
b.	In de praktijk: de soepele interpretatie	429
4.	Voorstel tot wijziging van het levensgevaarcriterium	430
a.	Probleem	430
b.	Oplossingen	432
B.	<i>Het subsidiariteitscriterium</i>	434
1.	Verhouding met overleden donoren	435
a.	Therapeutische doeltreffendheid	435
b.	Beschikbaarheid van overleden donoren	437
2.	Verhouding met overige alternatieven	441
3.	Voorstel tot wijziging van het subsidiariteitscriterium	442
	AFDELING 3. CONTROLE VAN DE EVENREDIGHEID	444
§ 1.	DONOR ADVOCACY ALS NORM	444
§ 2.	CONTROLEVORMEN	445
A.	<i>Controle door de wegnemende arts</i>	445
B.	<i>Controle door de arts die de leiding heeft over het transplantatiecoördinatieteam</i>	446
C.	<i>Controle door multidisciplinair overleg</i>	447
D.	<i>Overige controles</i>	449
	AFDELING 4. VOORSTEL TOT EEN GROTERE THERAPEUTISCHE VRIJHEID	449
	HOOFDSTUK V. MINDERJARIGE EN GEESTESGESTOORDE DONOREN	451
	AFDELING 1. WILSBEKWAME MINDERJARIGE DONOREN	451
§ 1.	TOESTEMMING	452
A.	<i>Wilsbekwaam karakter</i>	452
1.	Wilsbekwaamheid tegenover minderjarigheid	452
2.	Wilsbekwaamheid tegenover andere leeftijdsgrenzen	454
B.	<i>Vrij karakter</i>	456
C.	<i>Persoonlijk karakter</i>	456
§ 2.	VERSTRENGDE EVENREDIGHEID	459
A.	<i>Het onaanvaardbaarheidscriterium</i>	459
B.	<i>Het regeneratiecriterium</i>	460
C.	<i>Het ernstcriterium</i>	461
D.	<i>Het verwantschaps criterium</i>	461
§ 3.	VOORSTEL TOT MINDER RESTRICTIEVE VOORWAARDEN	463
	AFDELING 2. WILSONBEKWAME MINDERJARIGE DONOREN	464
§ 1.	ABSOLUUT VERBOD	464
A.	<i>Oud artikel 7, § 2 Orgaantransplantatiewet</i>	464
B.	<i>Nieuw artikel 7, § 2 Orgaantransplantatiewet</i>	465
§ 2.	VOORSTEL TOT VOORWAARDELIJKE TOELATING	466
A.	<i>De beslissingsstandaard</i>	467
1.	Verbod op vertegenwoordiging inzake de fysieke integriteit?	467
2.	Subjectieve of objectieve beslissingsstandaard?	467
a.	Substituted judgment	467
b.	Best interest	468
3.	Concretisering van de beslissingsstandaard	469
a.	Aard van de voor- en nadelen	469
b.	Aard van de donor-ontvangerrelatie	472
c.	Aard van het orgaan	473

d. Belangen van de ontvanger	474
e. Subsidiariteit	475
B. <i>De beslissingsprocedure</i>	476
1. De ouders	477
2. Onafhankelijk, multidisciplinair expertencomité	478
3. De familie- en jeugdrechtbank	479
4. De wilsonbekwame minderjarige	479
AFDELING 3. WILSONBEKWAME MEERDERJARIGE DONOREN	481
§ 1. ABSOLUUT VERBOD	481
§ 2. VOORSTEL TOT VOORWAARDELIJKE TOELATING	484
A. <i>De beslissingsstandaard</i>	485
B. <i>De beslissingsprocedure</i>	486
DEEL V. DE OVERLEDEN ORGAANDONOR	488
HOOFDSTUK I. HET OVERLIJDEN	488
AFDELING 1. PROBLEEMSTELLING	488
AFDELING 2. HET DOODSCONCEPT	490
§ 1. PERSOONLIJKHEID VERSUS LICHAMELIJKHEID	490
A. <i>De persoonlijkheidsvisie</i>	490
B. <i>De lichamelijkevisie</i>	491
§ 2. BELANG VAN DE HERSENFUNCTIE	492
§ 3. VOORSTEL TOT EEN WETTELIJK DOODSCONCEPT	493
AFDELING 3. DE DOODSDIAGNOSTIEK	495
§ 1. MEDISCHE ASPECTEN	495
A. <i>De 'jongste stand van de wetenschap'</i>	495
1. Draagwijdte	495
2. Nood aan wettelijke precisering?	496
B. <i>Diagnostische criteria</i>	497
1. Neurologisch criterium	498
a. Begrip	498
b. Belang voor orgaantransplantatie: heart-beating donors	499
c. Diagnosemethode	501
d. Voorstel tot wettelijke precisering	503
2. Cardio-respiratoir criterium	505
a. Begrip	505
b. Belang voor orgaantransplantatie: non-heart-beating donors	506
1) Algemeen	506
2) Specifiek	507
c. Diagnosemethode	509
d. Voorstel tot wettelijke precisering	511
3. Somatische criteria	512
§ 2. PROCEDURELE ASPECTEN	512
A. <i>Deskundigheid</i>	513
1. Artsenmonopolie	513
2. Het aantal artsen	514
3. Specifieke deskundigheid	515
B. <i>Onafhankelijkheid</i>	516
1. De vaststelling van de dood	516
a. Externe onafhankelijkheid	516
b. Interne onafhankelijkheid	518
2. De eventuele levenseindebeslissing	519
a. Nood aan onafhankelijkheid	519
b. Concrete onafhankelijkheidswaarborgen	520
1) Scheiding in de tijd	520
2) Scheiding door het initiatief	522
3) Scheiding in de taken	522

4) Scheiding in de ruimte.....	523
C. <i>Controleerbaarheid</i>	523
1. Geschrift.....	523
2. Inhoud	525
3. Bewaring	527
D. <i>Voorstel tot verbetering van de procedureregeling</i>	528
HOOFDSTUK II. GRONDSLAGEN VOOR DE TOELAATBAARHEID VAN ORGAANWEGNEMING NA OVERLIJDEN.....	529
AFDELING 1. PROBLEEMSTELLING	529
AFDELING 2. ZEGGENSCHAP VAN DE DONOR.....	530
§ 1. HET ZELFBEPALINGSRECHT VAN DE DONOR	530
A. <i>Zelfbepaling na overlijden</i>	530
1. Algemene grondslagen	530
2. Specifieke grondslag in de Orgaantransplantatiewet.....	532
B. <i>Zelfbepaling vóór overlijden</i>	533
1. Algemene grondslagen	533
2. Specifieke grondslag in de Orgaantransplantatiewet.....	536
§ 2. DRAAGWIJDTE VAN HET ZELFBEPALINGSRECHT VAN DE DONOR	540
A. <i>Principe: grenzen aan het zelfbepalingsrecht</i>	540
B. <i>Recht op orgaanwegneming?</i>	541
1. Belang van de ontvanger	542
2. Belang van de strafvervolgning.....	542
a. Algemeen	542
b. Gewelddadige doodsoorzaak.....	543
c. Onbekende of verdachte doodsoorzaak	544
C. <i>Gedwongen orgaanwegneming?</i>	546
1. Het ‘plichtsysteem’: begrip	546
2. Het legitiem belang van de ontvangers.....	546
3. De evenredigheidsafweging	547
4. Voorstel tot aanhoudende reflectie	549
AFDELING 3. ZEGGENSCHAP VAN DE NAASTEN.....	550
§ 1. VERTEGENWOORDIGINGSRECHT VAN DE NAASTEN	551
A. <i>Algemene grondslagen</i>	551
B. <i>Specifieke grondslag in de Orgaantransplantatiewet</i>	553
1. De geest van de wet.....	553
2. Handhaving van het vertegenwoordigingsrecht	554
3. Recht op informatie	555
4. Conflicten tussen naasten	557
5. Voorstel tot wettelijke explicitering	559
§ 2. ZELFBEPALINGSRECHT VAN DE NAASTEN.....	561
A. <i>Grondslagen</i>	561
1. Algemene grondslagen	561
2. Specifieke grondslagen in de Orgaantransplantatiewet	565
a. Theorie	566
1) Artikel 10 Orgaantransplantatiewet	566
2) Artikel 12 Orgaantransplantatiewet	567
3) Artikel 3ter, § 2, lid 2 Orgaantransplantatiewet	569
4) Artikel 8 iuncto 12-14 Wet Patiëntenrechten.....	570
b. Praktijk	570
B. <i>Draagwijdte van het zelfbepalingsrecht van de naasten</i>	572
1. Principe: grenzen aan het zelfbepalingsrecht	572
2. Gedwongen orgaanwegneming?	572
a. Gebrek aan wettelijk verzetsrecht.....	572
b. Legitieme belangen van donoren en ontvangers.....	573
c. De evenredigheidsafweging	573
1) Overzicht van opties	573
2) Geen verzetsrecht	574

3)	Subsidiair verzetsrecht.....	576
4)	Primair verzetsrecht.....	577
d.	Voorstel tot gereguleerde beoordelingsmarge van de arts	578
3.	Conflicten tussen naasten	579
§ 3.	VOORSTEL TOT VERDUIDELIJING VAN DE RECHTSPOSITIE VAN DE NAASTEN	581
HOOFDSTUK III. VOORAFGAANDE ORGAANDONATIEVERKLARINGEN		583
AFDELING 1. DE GEREГИSTREERDE DONATIEVERKLARING.....		583
§ 1.	INHOUD	583
A.	<i>Verzet, toestemming en herroeping</i>	584
1.	Verzet.....	584
2.	Toestemming.....	584
3.	Herroeping	587
B.	<i>Alles-of-niets-systeem</i>	587
1.	Lichaamsmateriaal	587
2.	Qua gebruiksoogmerk	589
C.	<i>Gesloten systeem</i>	591
1.	Delegatie van beslissingsbevoegdheid	591
2.	Vorbereidende handelingen.....	592
3.	Informatieverstrekking	592
§ 2.	DE DECLARANT	592
A.	<i>Meerderjarigen</i>	593
1.	Wilsbekwame meerderjarigen	593
a.	Algemeen	593
b.	De Wet Hervorming Onbekwaamheid	594
2.	Wilsonbekwame meerderjarigen	595
a.	Toestemming: geen vertegenwoordiging mogelijk	596
b.	Verzet: vertegenwoordiging mogelijk	597
B.	<i>Minderjarigen</i>	600
1.	Wilsonbekwame minderjarigen.....	600
2.	Wilsbekwame minderjarigen.....	602
3.	Tabula rasa-clausule.....	603
§ 3.	OPNAME IN HET CENTRAAL REGISTER.....	604
A.	<i>Doel</i>	605
B.	<i>Middel</i>	607
1.	Het huidige vrijblijvende keuze-systeem	607
a.	Toegankelijkheid.....	607
b.	Controle van de volwaardige wil	610
2.	Naar een gevraagde keuze-systeem?	612
§ 4.	VOORSTEL TOT VERBETERING VAN HET REGISTRATIESYSTEEM.....	614
AFDELING 2. DE NIET-GEREГИSTREERDE DONATIEVERKLARING.....		615
§ 1.	GEMEENSCHAPPELIJKE REGELS	615
A.	<i>Inhoud</i>	615
1.	Vrijheid	615
2.	Duidelijkheid en discrepanties	616
B.	<i>De declarant</i>	618
C.	<i>De consultatieplicht</i>	619
1.	Grondslag van de consultatieplicht	619
2.	Voorwerp van de consultatieplicht	620
3.	De bron van informatie	621
a.	De naasten	621
b.	Overige bronnen	623
4.	De consultatieplichtige.....	624
5.	Opzettelijke verandering van de kenbaarheid	625
§ 2.	SPECIFIEKE NIET-GEREГИSTREERDE DONATIEVERKLARINGEN	626
A.	<i>Het testament</i>	626
B.	<i>Het eigenhandig geschrift</i>	627
C.	<i>Sociale netwerksites</i>	628

D. Ongeschreven verklaringen	629
§ 3. VOORSTEL TOT VERBETERING EN RELATIVERING	630
HOOFDSTUK IV. HET VERMOEDEN VAN TOESTEMMING.....	632
AFDELING 1. PROBLEEMSTELLING	632
§ 1. BEWIJS VAN DE WIL VAN DE DONOR	632
§ 2. INMENGING IN HET ZELFBEPALINGSRECHT VAN DE DONOR	634
AFDELING 2. ZOEKEN NAAR EEN EVENREDIGE OPLOSSING	636
§ 1. HET BELANG VAN DE ONTVANGERS.....	636
§ 2. HET BELANG VAN DE DONOREN.....	640
A. De waarachtigheid van het toestemmingsvermoeden.....	640
B. De weerlegbaarheid van het vermoeden	643
C. Uitzonderingen op het toestemmingsvermoeden	647
1. Vreemdelingen	647
a. Het vroegere nationaliteitscriterium	647
b. Het huidige verblijfcriterium	649
2. Ongeïdentificeerde overledenen.....	652
3. Wilsonbekwamen.....	653
a. Neonaten	653
b. Wilsonbekwamen in het algemeen	655
4. Leden van bepaalde religieuze groepen.....	656
5. Bijzondere organen	658
§ 3. DE EINDBALANS	660
A. Recapitulatie.....	660
B. De evenredigheidsafweging: <i>pro presumed consent</i>	660
C. Voorstel tot verbetering.....	661
HOOFDSTUK V. VOORBEREIDENDE HANDELINGEN.....	663
AFDELING 1. BEGRIP	663
AFDELING 2. VOORBEREIDENDE HANDELINGEN ANTE MORTEM.....	665
§ 1. LEGITIEM DOEL	665
§ 2. TOESTEMMING	666
A. Actuele toestemming.....	666
B. Voorafgaande toestemming	668
1. Expliciet	668
2. Impliciet	668
a. De wil tot orgaanwegneming.....	668
b. Ante mortem consultatie van de wil	670
C. Vermoede toestemming.....	672
§ 3. EVENREDIGHEID.....	674
A. Interne kosten-batenanalyse	675
B. Externe kosten-batenanalyse	676
AFDELING 3. VOORBEREIDENDE HANDELINGEN POST MORTEM.....	678
§ 1. TOESTEMMING	678
A. Actuele toestemming.....	678
B. Voorafgaande toestemming	679
C. Vermoede toestemming.....	680
§ 2. RESPECT EN BEZORGDEHEID	682
AFDELING 4. VOORSTEL TOT WETTELIJKE VERDUIDELIJING	683
DEEL VI. DE ONTVANGER.....	686
HOOFDSTUK I. RECHT OP TOEGANG TOT ORGAANTRANSPLANTATIE	687
AFDELING 1. GRONDSLAGEN VAN ORGAANALLOCATIE	687

§ 1.	PROBLEEMSTELLING	687
A.	<i>Het recht op gezondheidszorg</i>	687
1.	Principe	687
2.	Toepassing op orgaantransplantatie	690
a.	Terugbetaling van orgaantransplantatiekosten	690
1)	Orgaantransplantatie in België	690
2)	Orgaantransplantatie in het buitenland	691
b.	Bevordering van het orgaanaanbod	692
B.	<i>Het recht op gelijke toegang tot gezondheidszorg</i>	692
§ 2.	BASISPRINCIPES VAN ONTVANGERSELECTIE	695
A.	<i>De drie basisprincipes</i>	696
1.	Het principe van billijkheid	696
2.	Het principe van utiliteit	697
3.	Het principe van autonomie	699
B.	<i>Implementatie van de drie basisprincipes</i>	700
AFDELING 2. FASE I: TOEGANG TOT DE WACHTLIJST		702
§ 1.	ALGEMEEN	702
A.	<i>Organen van overleden donoren</i>	702
B.	<i>Organen van levende donoren</i>	703
§ 2.	HET (INTER)NATIONAAL KARAKTER VAN DE WACHTLIJST	704
A.	<i>Uitsluiting van de Belgische wachtlijsten</i>	705
1.	De gekwalificeerde band	705
a.	Een gekwalificeerde band met België	705
b.	Een gekwalificeerde band met een ander Eurotransplantland	706
2.	Uitzonderingen	706
a.	‘Surplusorganen’	706
b.	De noodgevallenexceptie	707
c.	Patiënten met een levende donor	708
B.	<i>Rechtvaardiging van de uitsluiting</i>	708
1.	Gelijkwaardigheid van vreemdelingen	708
2.	Bescherming van het orgaanaanbod	710
3.	Voorstel tot een meer evenredige regelgeving	712
§ 3.	KLINISCHE ONTVANGERSELECTIE	713
A.	<i>Diagnostische en therapeutische vrijheid</i>	713
B.	<i>Evenredigheid van de fysieke aantasting</i>	714
C.	<i>Non-discriminatie</i>	716
1.	Mentale handicap	717
2.	Alcoholmisbruik	718
a.	Het eigen fout-argument	718
b.	Het medisch succes-argument	720
c.	Het publieke perceptie-argument	721
§ 4.	DE WIL VAN DE ONTVANGER	722
AFDELING 3. FASE II: TOEGANG TOT DE ALLOCATIELIJST		724
§ 1.	ALGEMEEN	724
A.	<i>Eurotransplant als bemiddelaar</i>	724
B.	<i>Aanmelding van ontvangers en het verbod op fraude</i>	726
C.	<i>Aanmelding van donoren en het verbod op donorverzwijging</i>	728
D.	<i>Opstellen van de allocatielijst</i>	730
§ 2.	WETTELIJKE MINIMUMCRITERIA	732
A.	<i>Optimale compatibiliteit</i>	733
B.	<i>De landenbalans</i>	735
C.	<i>Medische urgentie</i>	736
D.	<i>Effectieve wachttijd</i>	739
E.	<i>Afstand tussen donor en ontvanger</i>	741
§ 3.	DE WIL VAN DE DONOR	744
A.	<i>Gerichte donatie: begrip</i>	744

B.	<i>De wil van de overleden donor</i>	745
1.	Huidige rechtskader	745
a.	Het zelfbepalingsrecht	746
b.	Inperking van het zelfbepalingsrecht	747
1)	Evenredigheid van fysieke aantastingen	747
2)	Het verbod op betaalde donatie	747
3)	Het anonimiteitsgebod	747
4)	De wettelijke allocatieregeling	748
2.	De rechtvaardigingstoets	749
a.	Toetsing aan de basisprincipes van ontvangerselectie	749
b.	Voorstel tot een meer evenredige regelgeving	751
C.	<i>De wil van de levende donor</i>	755
1.	Huidige rechtskader	755
a.	Het zelfbepalingsrecht	755
b.	Inperking van het zelfbepalingsrecht	756
1)	Evenredigheid van fysieke aantastingen	756
2)	Het verbod op betaalde donatie	757
3)	Het anonimiteitsgebod	757
4)	De wettelijke allocatieregeling	757
2.	De rechtvaardigingstoets	758
a.	Toetsing aan de basisprincipes van ontvangerselectie	758
b.	Voorstel tot een meer evenredige regelgeving	760
§ 4.	LIST-PAIRED EXCHANGE	762
	AFDELING 4. VOORSTEL TOT EEN RECHTVAARDIGERE ORGAANALLOCATIE	765
§ 1.	DE BASISPRINCIPES VAN ONTVANGERSELECTIE	766
§ 2.	DE IMPLEMENTATIE VAN DE BASISPRINCIPES	767
A.	<i>Fase I: de plaatsing op de wachtlijst</i>	768
B.	<i>Fase II: de plaatsing op de allocatielijst</i>	770
	HOOFDSTUK II. RECHT OP KWALITEITSVOLLE EN VEILIGE ORGANEN	772
	AFDELING 1. PROBLEEMSTELLING	772
	AFDELING 2. AANSPRAKELIJKHEID OP BASIS VAN EEN FOUT	774
§ 1.	GEMEENSCHAPPELIJKE ASPECTEN	775
A.	<i>Schade</i>	775
B.	<i>Fout</i>	776
C.	<i>Causaal verband</i>	777
§ 2.	TOEPASSINGSGEVALLEN	777
A.	<i>Het ziekenhuis en het (para-)medisch personeel</i>	778
1.	Karakterisering	778
2.	Evaluatie en selectie	784
a.	Evenredigheid	784
b.	Geïnformeerde toestemming	787
3.	Orgaanvervoer	789
4.	Orgaanvigilantie	791
a.	Notificatie en beheer	791
b.	Traceerbaarheid	793
c.	Gegevensbescherming	794
B.	<i>De Europese orgaanuitwisselingsorganisatie</i>	794
C.	<i>De donor</i>	795
D.	<i>De overheid</i>	797
	AFDELING 3. AANSPRAKELIJKHEID ZONDER FOUT	798
§ 1.	AANSPRAKELIJKHEID VOOR GEBREKKIGE PRODUCTEN	798
A.	<i>Het orgaan als een 'product'</i>	798
B.	<i>Het orgaan als een 'gebrekkig' product</i>	800
1.	Het criterium van de legitieme veiligheidsverwachting	800
2.	Het ontwikkelingsrisicoverweer	801

C.	<i>Causaal verband met de schade</i>	803
D.	<i>De ‘producent’ van het orgaan</i>	803
1.	De donor als ‘producent’	803
2.	De orgaanuitwisselingsorganisatie als ‘producent’	804
3.	Het medisch team en het transplantatiecentrum als ‘producent’	805
§ 2.	OVERIGE FOUTLOZE AANSPRAKELIJKHEIDSGRONDEN	806
A.	<i>Buitencontractuele aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken</i>	806
B.	<i>Contractuele aansprakelijkheid voor verkochte zaken met verborgen gebreken</i>	808
AFDELING 4. VOORSTEL TOT INTERPRETATIEVE EVENWICHTIGHEID		809
§ 1.	NIET-ZORGVERLENERS	809
§ 2.	ZORGVERLENERS	810
DEEL VII. ALGEMEEN BESLUIT		814
SELECTIEVE BIBLIOGRAFIE		827

DEEL I. INLEIDING

1. In 1954 schreven de Amerikaanse chirurg dr. Joseph Murray en zijn team te Boston geschiedenis. Ze genazen een stervende man door het inplanten van een nieuwe nier die kort daarvoor uit zijn gezonde tweelingbroer was weggenomen. De eerste succesvolle orgaantransplantatie was hiermee een feit.¹ Vandaag, meer dan zestig jaar later, is orgaantransplantatie geëvolueerd van een experiment tot een gevestigde therapie voor verschillende vormen van orgaanfalen. Bovendien kent orgaantransplantatie een zeer actuele maatschappelijke dimensie. Dit blijkt overduidelijk uit haar regelmatige vermelding in de media, gaande van talloze krantenberichten tot heuse realityreeksen op televisie².

Ook op juridisch vlak heeft orgaantransplantatie de interesse gewekt. Er zou zelfs gesproken kunnen worden van een ware ‘juridisering’ van orgaantransplantatie. Toch ontbreekt er in België tot nu toe een systematische en diepgaande studie over de uiteenlopende aspecten van dit juridisch kader. Dit proefschrift beoogt deze leemte op te vullen. Ter inleiding van dit onderzoek zal orgaantransplantatie hierna eerst als medisch fenomeen uitgebreider worden geschetst (hoofdstuk I). Daarna zullen de contouren van de voorliggende juridische studie worden uitgewerkt (hoofdstuk II).

Hoofdstuk I. Medische situering

Afdeling 1. Transplantatiegeneeskunde

§ 1. BEGRIP ‘TRANSPLANTATIE’

2. Transplantatie is in essentie op te vatten als een geneeskundige behandeling ten behoeve van een patiënt. Ze kan worden omschreven als de chirurgische techniek waarbij een deel van een lichaam wordt overgeplant binnen hetzelfde of een ander lichaam. Degene die het lichaamsmateriaal voor transplantatie afstaat, wordt ‘donor’ of ‘gever’ genoemd. Deze kan een overledene of soms ook een levende persoon zijn. Degene die het lichaamsmateriaal krijgt, wordt ‘acceptor’, ‘receptor’, ‘recipiënt’ of ‘ontvanger’ genoemd. Hierna wordt overwegend de termen ‘donor’ en ‘ontvanger’ gebruikt, aangezien de Belgische wet eveneens deze termen verkiest.

Transplantatie binnen hetzelfde lichaam wordt *autotransplantatie* of ook wel autologe of autogene transplantatie genoemd. De donor is in dit geval tegelijk de ontvanger. Homogene, allogene of *allogotransplantatie* is daarentegen de transplantatie op een ander individu. Wanneer in dit proefschrift over transplantatie zonder meer gesproken wordt, dan wordt in principe de allogotransplantatie bedoeld.

Het lichaamsmateriaal dat wordt getransplanteerd, wordt doorgaans het transplantaat of de greffe genoemd.³

¹ R.R. BOLLINGER en D.L. STICKEL, “Historical aspects of transplantation” in D.C. SABISTON (ed.), *Textbook of surgery. The biological basis of modern surgical practice*, Philadelphia, W.B. Saunders Company, 1986, (370) 376; F.D. MOORE, “The History of Transplantation – A Lesson for Our Time” in G.J. CERILLI (ed.), *Organ Transplantation and Replacement*, Philadelphia, Lippincott, 1988, (3) 5; www.eurotransplant.org (Transplantation timeline).

²² ‘In hart en nieren’ (op VTM, 2005; zie ook “Patiënt zkt. donor”, *De Morgen* 13 april 2005, 99); ‘Ik leef verder’ (op Eén, 2013).

³ Terminologie gebaseerd op: A.A.F. JOCHEMS en F.W.M.G. JOOSTEN, *Coëlho Zakwoordenboek der Geneeskunde*, Doetinchem, Elsevier, 2009.

§ 2. TOEPASSINGEN

3. In de anatomieleer wordt binnen het menselijk organisme een onderscheid gemaakt tussen drie types bestanddelen: organen, weefsels en cellen.⁴ Een orgaan wordt gedefinieerd als een eenheid van het lichaam die is samengesteld uit verschillende weefsels en die zo een bepaalde functie uitvoert.⁵ Een weefsel is op zijn beurt een groep gelijksoortige cellen die samenwerken om een specifieke functie (bv. bedekking, binding, samentrekking, geleiding en transport van stoffen) uit te voeren.⁶ Hoewel ieder orgaan per definitie uit weefsels bestaat, behoort niet ieder weefsel tot een orgaan. Een cel kan ten slotte worden beschouwd als de kleinste organisatie-eenheid van het organisme,⁷ hoewel ze op haar beurt uit een aantal nog kleinere onderdelen (m.n. atoomstructuren) bestaat.⁸ Cellen kunnen ‘differentiëren’, d.w.z. zich ontwikkelen tot eenheden met een eigen, specifieke structuur en functie (bv. snel vermenigvuldigen, productie van complexe stoffen, samentrekken, zenuwgeleiding).⁹ Zo bevat het menselijk organisme zeer veel verschillende celtypen. Cellen die niet gedifferentieerd zijn, plaatst men onder de noemer ‘stamcellen’.¹⁰ Uit de medische literatuur blijkt dat transplantatie kan worden toegepast met elk van deze lichaamsdelen voor een veelheid van aandoeningen. Er kan dan ook een opdeling worden gemaakt tussen orgaantransplantatie (*infra* A), weefseltransplantatie (*infra* B), celtransplantatie (*infra* C) en sinds kort ook transplantatie van samengestelde weefsels (*infra* D).

A. Orgaantransplantatie

4. Hoewel de Verenigde Staten aan kop stonden, heeft België zich bij de vroege ontwikkeling van orgaantransplantatie toch als een van de meest vooruitstrevende landen geprofileerd.¹¹ Met orgaantransplantatie bedoelt men voornamelijk de transplantatie van de organen met een relatief uniforme structuur (*solid organs* of vaste organen),¹² zoals nieren, lever, hart, longen, pancreas en dunne darm.

⁴ M.H. BEERS *et al.*, *Merck Manual. Medisch handboek*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum, 2005 (2^{de} ed.), 2 e.v.; F.H. MARTINI en E.F. BARTHOLOMEW, *Anatomie en fysiologie. Een inleiding*, Amsterdam, Pearson, 2011 (4^{de} ed.), 6.

⁵ A.A.F. JOCHEMS en F.W.M.G. JOOSTEN, *Coëlho*, 2009, 851-852; M.H. BEERS *et al.*, *Merck Manual*, 2005 (2^{de} ed.), 636; F.H. MARTINI en E.F. BARTHOLOMEW, *Anatomie en fysiologie*, 2011 (4^{de} ed.), 6.

⁶ A.A.F. JOCHEMS en F.W.M.G. JOOSTEN, *Coëlho*, 2009, 982; M.H. BEERS *et al.*, *Merck Manual*, 2005 (2^{de} ed.), 2-3; F.H. MARTINI en E.F. BARTHOLOMEW, *Anatomie en fysiologie*, 2011 (4^{de} ed.), 6 en 104 e.v.

⁷ A.A.F. JOCHEMS en F.W.M.G. JOOSTEN, *Coëlho*, 2009, 135.

⁸ M.H. BEERS *et al.*, *Merck Manual*, 2005 (2^{de} ed.), 2; F.H. MARTINI en E.F. BARTHOLOMEW, *Anatomie en fysiologie*, 2011 (4^{de} ed.), 6.

⁹ M.H. BEERS *et al.*, *Merck Manual*, 2005 (2^{de} ed.), 2; F.H. MARTINI en E.F. BARTHOLOMEW, *Anatomie en fysiologie*, 2011 (4^{de} ed.), 6 en 104; A.A.F. JOCHEMS en F.W.M.G. JOOSTEN, *Coëlho Zakwoordenboek der Geneeskunde*, Doetinchem, Elsevier, 2009, A.A.F. JOCHEMS en F.W.M.G. JOOSTEN, *Coëlho*, 2009, 220.

¹⁰ M.H. BEERS *et al.*, *Merck Manual*, 2005 (2^{de} ed.), 1087; A.A.F. JOCHEMS en F.W.M.G. JOOSTEN, *Coëlho*, 2009, 851-852.

¹¹ Evenals o.a. Frankrijk, Nederland, het Verenigd Koninkrijk en Spanje: H. RIGTER en M.A. BOS, “The diffusion of organ transplantation in Western Europe”, *Health Policy* 1990, vol. 16, (133) 137-138; J.A. GRUWEZ, “Memories of the Pioneering Days of Kidney Transplantation”, *Transplantation Proc.* 2011, afl. 43, (3435) 3435.

¹² K.V. RAVINDRA *et al.*, “Composite Tissue Allotransplantation: A Rapidly Advancing Field”, *Transpl. Proc.* 2008, vol. 40, (1237) 1237.

1. Niertransplantatie

5. De eerste succesvolle orgaantransplantaties werden vanuit de Verenigde Staten (en Frankrijk) gerapporteerd midden jaren '50 en hadden betrekking op de nieren.¹³ De eerste *niertransplantaties* in België vonden plaats begin jaren '60.¹⁴ Hoewel er nog steeds niet te verwaarlozen risico's voor de ontvanger bestaan, heeft niertransplantatie zich sindsdien ontwikkeld tot een standaardoperatie en dé behandeling bij uitstek voor vele patiënten met (terminale) nierinsufficiëntie.¹⁵ Op dit moment zijn nieren veruit de meest getransplanteerde organen, met iets meer dan 500 Belgische niertransplantaties in 2012.¹⁶

2. Levertransplantatie

6. De vooruitgang die de medische wetenschap heeft geboekt naar aanleiding van niertransplantatie, droeg sterk bij tot het succesvol transplanteren van andere organen.¹⁷ Kort na de eerste geslaagde niertransplantaties startte men met pogingen tot *levertransplantatie* op de mens. Het transplanteren van levers begon voor het eerst eind jaren '60 te lukken in de Verenigde Staten. In België geschiedde de eerste levertransplantatie in 1969.¹⁸ Levertransplantatie brak pas echt begin jaren '80 door als een succesvolle behandeling voor verschillende vormen van leverfalen ten gevolge van onder meer hepatitis (vaak door alcoholmisbruik), leverkanker en erfelijke stoornissen.¹⁹ Ook *delen* van de lever (leverlobben of -segmenten) kunnen voor dezelfde doeleinden getransplanteerd worden, zolang het getransplanteerde volume groot genoeg is. Na nieren zijn levers de meest getransplanteerde organen met zo'n 300 (partiële en gehele) levertransplantaties in 2012 in België.²⁰ De risico's van levertransplantatie voor de ontvanger zijn echter groter dan deze bij niertransplantatie.²¹

3. Harttransplantatie

7. In 1967 geschiedde verder de eerste succesvolle *harttransplantatie* (Zuid-Afrika).²² Maar zoals levertransplantatie is ook harttransplantatie pas sinds de jaren '80 op grotere schaal

¹³ J.M. GREEP en W.H. BRUMMELKAMP, "De geschiedenis van orgaantransplantatie" in J.M. GREEP (ed.), *Orgaantransplantatie*, Leiden, Stafleu, 1970, (17) 32-34; R.R. BOLLINGER en D.L. STICKEL, o.c. in D.C. SABISTON (ed.), *Textbook of surgery*, 1986, (370) 376.

¹⁴ B. VAN HAELEWIJCK, *Don d'organes. Don de tissus*, 2002, 18.

¹⁵ Advies nr. 11 van 20 december 1999 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek i.v.m. het wegnemen van organen en weefsels bij gezonde levende personen, met het oog op transplantatie, www.health.belgium.be, 2; P.J. MORRIS, "Kidney transplantation" in P.J. MORRIS en W.C. WOOD (eds.), *Oxford Textbook of Surgery. Vol. 1*, Oxford, Oxford University Press, 2000 (2^{de} ed.), (671) 671 en 673; R.J. PLOEG, "Transplantatie van nier en pancreas" in H.G. GOOSZEN, D.C. ARONSON, J.D. BLANKENSTEIJN, et al. (eds.), *Leerboek chirurgie*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum, 2006, (407) 407; G.G. GARCIA, P. HARDEN en J. CHAPMAN, "The global role of kidney transplantation", *Curr. Opin. Organ Transplant* 2012, vol. 17, (362) 362 en 363.

¹⁶ Eurotransplant Annual Report 2012, <http://www.eurotransplant.org>.

¹⁷ P.J. MORRIS, o.c. in P.J. MORRIS en W.C. WOOD (eds.), *Oxford Textbook of Surgery. Vol. 1*, 2000 (2^{de} ed.), (671) 671.

¹⁸ B. VAN HAELEWIJCK, *Don d'organes. Don de tissus*, 2002, 19.

¹⁹ R.R. BOLLINGER en D.L. STICKEL, o.c. in D.C. SABISTON (ed.), *Textbook of surgery*, 1986, (370) 376; F.D. MOORE, o.c. in G.J. CERILLI (ed.), *Organ Transplantation and Replacement*, 1988, (3) 8-9; T.E. STARZL, "The Ascension of Clinical Organ Transplantation", *Transplantation Proc.* 1999, vol. 31, 43-45; S. FENG, D.S.C. KO en A.B. COSIMI, "Liver transplantation" in P.J. MORRIS en W.C. WOOD (eds.), *Oxford Textbook of Surgery. Vol. 1*, Oxford, Oxford University Press, 2000 (2^{de} ed.), (685) 685-686; J.N.M. IJZERMANS, "Levertransplantatie" in H.G. GOOSZEN, D.C. ARONSON, J.D. BLANKENSTEIJN, et al. (eds.), *Leerboek chirurgie*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum, 2006, (419) 421-422; Advies nr. 60 van 27 januari 2014 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek met betrekking tot de ethische aspecten van levertransplantatie bij patiënten met acute alcoholische hepatitis (AAH) die niet op de klassieke medische behandelingen reageren, <http://www.health.belgium.be>, 6-7.

²⁰ Eurotransplant Annual Report 2012, <http://www.eurotransplant.org>.

²¹ Advies nr. 11 van 20 december 1999 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 5.

²² R.R. BOLLINGER en D.L. STICKEL, o.c. in D.C. SABISTON (ed.), *Textbook of surgery*, 1986, (370) 377. Zie voor het operatief verslag: C.N. BARNARD, "A Human Cardiac Transplant: An Interim Report of a Successful Operation Performed at Groote Schuur Hospital, Cape Town", *S.A. Med. J.* 1967, 1271-1274.

een succesvolle behandeling geworden.²³ In België vond de eerste geslaagde harttransplantatie plaats in 1982.²⁴ Ze is uitgegroeid tot de voornaamste behandeling voor ernstige vormen van hartfalen,²⁵ maar de morbiditeit bij de ontvangers is hoog en op lange termijn zijn de resultaten veeleer beperkt.²⁶ In 2012 werden er in België 77 harttransplantaties uitgevoerd.²⁷

4. Longtransplantatie

8. De eerste klinische *longtransplantatie* werd al gerapporteerd in 1963 (VSA), maar de ontvanger stierf kort na de ingreep.²⁸ De eerste longtransplantatie in België vond enkele jaren later plaats in 1968, waarbij de ontvanger zo'n 10 maanden overleefde.²⁹ Net zoals de andere orgaantransplantaties is longtransplantatie maar pas sinds de jaren '80 doorgebroken als succesvolle therapie.³⁰ Nu vormt het de behandeling bij uitstek voor zorgvuldig geselecteerde patiënten met ver gevorderde longziekten (bv. mucoviscidose).³¹ Het kan gaan om de transplantatie van beide longen, een enkele long of een deel hiervan (longkwab).³² Er bestaat ook zoiets als de *split lung*-techniek, waarbij de 2 kwabben van de linkerlong afzonderlijk langs beide zijden worden geïmplantéerd (vaak bij kind).³³ In 2012 werden er in België zo'n 130 (dubbele en enkele) longtransplantaties uitgevoerd.³⁴ Over het algemeen blijkt longtransplantatie minder succesvol dan de transplantatie van andere organen, zoals nier, lever en hart.³⁵ Het risico op beschadiging van het longtransplantaat door infecties is hoog wegens de constante blootstelling aan de buitenlucht.³⁶

5. Pancreastransplantatie

9. Hoewel al in 1893 een poging werd ondernomen, dateert de eerste succesvolle klinische *pancreastransplantatie* van 1966 (VSA).³⁷ In België werd pancreastransplantatie voor het eerst in 1982 uitgevoerd.³⁸ Vanaf de jaren '80 is het aantal pancreastransplantaties toegenomen.³⁹ In 2012 werden 55 pancreastransplantaties in België geregistreerd,⁴⁰ wat relatief weinig is.

²³ F.D. MOORE, o.c. in G.J. CERILLI (ed.), *Organ Transplantation and Replacement*, 1988, (3) 9; G.V. LETSOU en J.C. BALDWIN, "Heart and heart-lung transplantation" in P.J. MORRIS en W.C. WOOD (eds.), *Oxford Textbook of Surgery. Vol. 1*, Oxford, Oxford University Press, 2000 (2^{de} ed.), (709) 709; E.R. GARRITY en M.R. MEHRA, "An update on clinical outcomes in heart and lung transplantation", *Transplantation* 2004, vol. 77, (S68) S71.

²⁴ B. VAN HAELEWIJCK, *Don d'organes. Don de tissus*, 2002, 18.

²⁵ M.H. BEERS et al., *Merck Manual*, 2005 (2^{de} ed.), 1085-1086.

²⁶ G.V. LETSOU en J.C. BALDWIN, o.c. in P.J. MORRIS en W.C. WOOD (eds.), *Oxford Textbook of Surgery. Vol. 1*, 2000 (2^{de} ed.), (709) 709, 714 en 715; A. VORLAT, "Heart Transplantation: Outcome", *Acta chir. belg.* 2004, afl. 104, (297) 297 en 298.

²⁷ Eurotransplant Annual Report 2012, <http://www.eurotransplant.org>.

²⁸ J.D. HARDY, "The First Lung Transplant in Man (1963) and the First Heart Transplant in Man (1964)", *Transpl. Proc.* 1999, vol. 31, (25) 25.

²⁹ J.A. GRUWEZ, o.c., *Transplantation Proc.* 2011, afl. 43, (3435) 3435.

³⁰ K.C. STEWART en G.A. PATTERSON, "Current Trends in Lung Transplantation", *American Journal of Transplantation* 2001, afl. 1, (204) 204; B. VAN HAELEWIJCK, *Don d'organes. Don de tissus*, 2002, 19.

³¹ K.C. STEWART en G.A. PATTERSON, o.c., *American Journal of Transplantation* 2001, (204) 204.

³² M.H. BEERS et al., *Merck Manual*, 2005 (2^{de} ed.), 1086.

³³ J.M.M. VAN DEN BOSCH, "Longtransplantatie met behulp van levende donoren", *Ned. T. Gen.* 2006, (184) 184; G. MASSARD et al., "Greffes pulmonaire à donneur vivant. Considérations éthiques" in M.-J. THIEL (ed.), *Donner, recevoir un organe: droit, dû, devoir*, Straatsburg, Presses universitaires de Strasbourg, 2009, (282) 286.

³⁴ Eurotransplant Annual Report 2012, <http://www.eurotransplant.org>.

³⁵ K.C. STEWART en G.A. PATTERSON, o.c., *American Journal of Transplantation* 2001, (204) 206; R.N. PIERSON III, "Lung Transplantation: Current Status and Challenges", *Transplantation* 2006, vol. 81, (1609) 1611.

³⁶ M.H. BEERS et al., *Merck Manual*, 2005 (2^{de} ed.), 1086; Dossier orgaantransplantatie, MagUZA oktober 2014, 24.

³⁷ R.R. BOLLINGER en D.L. STICKEL, o.c. in D.C. SABISTON (ed.), *Textbook of surgery*, 1986, (370) 378.

³⁸ J.A. GRUWEZ, o.c., *Transplantation Proc.* 2011, afl. 43, (3435) 3435.

³⁹ T. PEARSON en C. LARSEN, "Vascularized pancreatic transplantation" in P.J. MORRIS en W.C. WOOD (eds.), *Oxford Textbook of Surgery. Vol. 1*, Oxford, Oxford University Press, 2000 (2^{de} ed.), (727) 728.

⁴⁰ Eurotransplant Annual Report 2012, <http://www.eurotransplant.org>.

Transplantatie van een gehele of partiële pancreas is voorlopig de standaardbehandeling om de ontwikkeling van de ernstige secundaire complicaties van diabetes te voorkomen en om de levenskwaliteit van de diabetespatiënten te verbeteren door onafhankelijkheid van insulinetoedieningen te bewerkstelligen.⁴¹

6. Darmtransplantatie

10. Voor patiënten met (risico op) levensbedreigend darmfalen dat niet meer kan worden behandeld via de conventionele therapieën (m.n. parenterale voeding), vormt *transplantatie van de dunne darm* de beste optie.⁴² Eind jaren '60 en begin jaren '70 werden de eerste pogingen tot dergelijke transplantatie ondernomen, maar deze waren toen nog niet succesvol.⁴³ Vanaf de jaren '80 verbeterden de resultaten.⁴⁴ Het aantal darmtransplantaties ligt in vergelijking met andere organen zeer laag. Zo werden er in België in 2012 slechts 2 dunne darmtransplantaties geregistreerd tegenover 9 dergelijke transplantaties in 2009.⁴⁵ Dit heeft te maken met de complexiteit en de risico's van deze ingreep voor de ontvanger.⁴⁶

7. Combinaties

11. Naast enkelvoudige orgaantransplantatie is ook gecombineerde of veelvoudige orgaantransplantatie mogelijk. De organen kunnen hierbij als een blok of eenheid (*en bloc*-transplantatie), dan wel apart maar simultaan getransplanteerd worden. De gecombineerde transplantatie die in 2012 het meest voorkwam in België is de dubbele longtransplantatie.⁴⁷ Op de tweede plaats komen de lever-niertransplantaties, waarvan er in België 20 gerapporteerd werden in 2012.⁴⁸ Verder wordt de pancreas meestal simultaan met een nier getransplanteerd, namelijk wanneer diabetes ook de nierfunctie aantast.⁴⁹ Dit gebeurde in België in 2012 zo'n 10 keer.⁵⁰ Een viertal Belgische transplantaties in 2012 betroffen nieren *en bloc*.⁵¹ In plaats van enkele of dubbele longtransplantatie wordt soms ook een hart-longtransplantatie *en bloc* uitgevoerd.⁵² Door het hart mee te transplanteren kan er een betere bloedsomloop

⁴¹ T. PEARSON en C. LARSEN, o.c. in P.J. MORRIS en W.C. WOOD (eds.), *Oxford Textbook of Surgery. Vol. 1*, 2000 (2^{de} ed.), (727) 728, 732 en 734; R.D.M. ALLEN *et al.*, "Pancreas and Islet Transplantation: An Unfinished Journey", *Transpl. Proc.* 2001, vol. 33, (3485) 3487; R.J. PLOEG, o.c. in H.G. GOOSZEN *et al.* (eds.), *Leerboek chirurgie*, 2006, (407) 413; S.A. WHITE, J.A. SHAW en D.E.R. SUTHERLAND, "Pancreas Transplantation", *The Lancet* 2009, vol. 373, (1808) 1808.

⁴² D.L. BIGAM en D.R. GRANT, "Small-bowel transplantation" in P.J. MORRIS en W.C. WOOD (eds.), *Oxford Textbook of Surgery. Vol. 1*, Oxford, Oxford University Press, 2000 (2^{de} ed.), (719) 720 en 724; A. PASCHER *et al.*, "Present status and future perspectives of intestinal transplantation", *Transplant Int.* 2008, afl. 21, (401) 402.

⁴³ R.R. BOLLINGER en D.L. STICKEL, o.c. in D.C. SABISTON (ed.), *Textbook of surgery*, 1986, (370) 378.

⁴⁴ D.L. BIGAM en D.R. GRANT, o.c. in P.J. MORRIS en W.C. WOOD (eds.), *Oxford Textbook of Surgery. Vol. 1*, 2000 (2^{de} ed.), (719) 719-720; P. RUIZ, *et al.*, "Current Status of Transplantation of the Small Intestine", *Transplantation* 2007, vol. 83, (1) 1.

⁴⁵ Eurotransplant Annual Report 2012, http://www.eurotransplant.org_en Eurotransplant Annual Report 2009, <http://www.eurotransplant.org>.

⁴⁶ P. RUIZ *et al.*, o.c., *Transplantation* 2007, (1) 1; A. PASCHER, *et al.*, o.c., *Transplant Int.* 2008, (401) 402; Dossier orgaantransplantatie, MagUZA oktober 2014, 25.

⁴⁷ Eurotransplant Annual Report 2012, <http://www.eurotransplant.org>.

⁴⁸ Eurotransplant Annual Report 2012, <http://www.eurotransplant.org>.

⁴⁹ T. PEARSON en C. LARSEN, o.c. in P.J. MORRIS en W.C. WOOD (eds.), *Oxford Textbook of Surgery. Vol. 1*, 2000 (2^{de} ed.), (727) 727 en 728; C. RANDON, *et al.*, "Pancreas transplantation: state of the art", *T. Gen.* 2007, vol. 63, nr. 6, (262) 262-263; S.A. WHITE, J.A. SHAW en D.E.R. SUTHERLAND, o.c., *The Lancet* 2009, (1808) 1808.

⁵⁰ Eurotransplant Annual Report 2012, <http://www.eurotransplant.org>.

⁵¹ Eurotransplant Annual Report 2012, <http://www.eurotransplant.org>.

⁵² W. COOSEMANS, "Heelkundige aspecten van orgaantransplantatie", *T. Gen.* 1994, nr. 17, (1311) 1316; G.V. LETSOU en J.C. BALDWIN, o.c. in P.J. MORRIS en W.C. WOOD (eds.), *Oxford Textbook of Surgery. Vol. 1*, 2000 (2^{de} ed.), (709) 714-717.

verkregen worden.⁵³ In 2012 werden er voor België slechts 2 hart-longtransplantaties geregistreerd.⁵⁴

Hiernaast behoren nog verschillende andere veelvuldige orgaantransplantaties tot de mogelijkheden. Zo kan de transplantatie van de dunne darm eveneens *en bloc* met o.a. de lever, de maag en/of de pancreas geschieden om veelvoudig orgaanfalen te behandelen.⁵⁵ Maar dergelijke ‘multi-viscerale’ transplantatie werd nog niet gerapporteerd in België, voor zover kon worden gevonden. Wel werden al *en bloc*-wegnemingen en -transplantaties van de lever en de dunne darm gerapporteerd.⁵⁶

B. Weefseltransplantatie

12. Transplantatie betreft niet enkel organen, maar in belangrijke mate ook weefsels. De exacte omvang is onbekend, maar men schat dat het aantal weefseltransplantaties veel hoger ligt dan het aantal orgaantransplantaties, gelet op de grote hoeveelheid weefsels die bij één donor kunnen worden gehaald en die voor allerlei doeleinden getransplanteerd kunnen worden.⁵⁷ Weefseltransplantaties betreffen onder meer hoornvlies, hartkleppen, huid, bot (m.n. femurkoppes)⁵⁸, hersenvlies (dura mater), kraakbeen, pezen, zenuwen en bloedvaten.⁵⁹ Wellicht betreft de bekendste vorm van weefseltransplantatie het bloed. Bloed is immers een (vloeibaar) bindweefsel.⁶⁰ Men spreekt hierbij echter van ‘transfusie’ in plaats van transplantatie.⁶¹ Huid- en hoornvliestransplantaties werden reeds succesvol uitgevoerd vóór er sprake was van klinisch succesvolle transplantatie van vaste organen.⁶²

Bepaalde weefsels maken deel uit van een orgaan. Soms zal de weefseltransplantatie dan ook voorafgegaan worden door de wegneming van het volledige (donor)orgaan waartoe het weefsel behoort. Zo kan het zijn dat het gehele oog wordt weggenomen terwijl enkel het hoornvlies voor transplantatie dient.⁶³ Ook voor hartkleptransplantatie zal eerst het gehele hart weggenomen worden.⁶⁴

⁵³ E.R. GARRITY en M.R. MEHRA, *o.c.*, *Transplantation* 2004, vol. 77, (S68) S71.

⁵⁴ Eurotransplant Annual Report 2012, <http://www.eurotransplant.org>.

⁵⁵ T.M. FISHBEIN en C.S. MATSUMOTO, “Intestinal and Multivisceral Transplantation” in A. HUMAR, A.J. MATAS en W.D. PAYNE (eds.), *Atlas of Organ Transplantation*, Londen, Springer, 2006, (293) 293, 314 en 318-319; P. RUIZ *et al.*, *o.c.*, *Transplantation* 2007, (1) 2.

⁵⁶ L.J. CEULEMANS *et al.*, “Intestinal transplantation: from the laboratory to the clinics”, *P. Belg. Roy. Acad. Med.* 2013, vol. 3, (1) 8.

⁵⁷ E. GUMBLEY en J. PEARSON, “Tissue donation: benefits, legal issues and the nurse’s role”, *Nursing Standard* 2006, vol. 21, (51) 51-52; A. CAPLAN *et al.*, *Trafficking in organs, tissues and cells and trafficking in human beings for the purpose of the removal of organs*, Joint Council of Europe/United Nations study, 2009, <http://www.coe.int>, 17.

⁵⁸ Een *femurkop* is de kop van het dijbeen (A.A.F. JOCHEMS en F.W.M.G. JOOSTEN, *Coëlho*, 2009, 307).

⁵⁹ Zie o.a.: A.G. BERKHOUT en J.J.M. HAASE-KROMWIJK, “Weefseltransplantatie”, *Medisch contact* 2001, nr. 24, <http://medischcontact.artsennet.nl>; J.E. WOLL, “Tissue Banking Overview”, *Clin. Lab. Med.* 2005, vol. 25, (473) 483; E. GUMBLEY en J. PEARSON, *o.c.*, *Nursing Standard* 2006, (51) 52-53. Zie vollediger: GEZONDHEIDSRAAD, *Naar goed gebruik. Lichaamsmateriaal in de gezondheidszorg*, Den Haag, Gezondheidsraad, 1994, nr. 1994/01, 31.

⁶⁰ F.H. MARTINI en E.F. BARTHOLOMEW, *Anatomie en fysiologie*, 2011 (4^{de} ed.), 115 en 118.

⁶¹ A.A.F. JOCHEMS en F.W.M.G. JOOSTEN, *Coëlho*, 2009, 913.

⁶² J.M. GREEP en W.H. BRUMMELKAMP, *o.c.* in J.M. GREEP (ed.), *Orgaantransplantatie*, 1970, (17) 18-20.

⁶³ A.G. BERKHOUT en J.J.M. HAASE-KROMWIJK, *o.c.*, *Medisch contact* 2001, nr. 24, <http://medischcontact.artsennet.nl>; B. VAN HAELEWIJCK, *Don d'organes. Don de tissus*, 2002, 96; L. GAUM *et al.*, “Tissue and corneal donation and transplantation in the UK”, *British Journal of Anaesthesia* 2012, vol. 108, (i43) i45.

⁶⁴ J.K. KIEBOOM, M.J. SIEBELINK en M.J. ALBERS, “Heart valve donation in two small infants”, *Eur. J. Pediatr.* 2009, vol. 165, (498) 499; M.J. VAN WIJK, A. VAN DEN BOGAERDT en A.G. BOKHORST, “Risk factors for rejection for morphological reasons of heart valves for transplantation”, *Cell Tissue Bank* 2013, vol. 14, (125) 126.

C. Celtransplantatie

13. Menselijke cellen kunnen op zich eveneens getransplanteerd worden. Op de eerste plaats kan gedacht worden aan de transplantatie van stamcellen. Stamcellen kunnen op verschillende plaatsen in het lichaam gevonden worden.⁶⁵ Zoals al aangestipt, zijn stamcellen nog ongedifferentieerd. Dit maakt ze interessant voor therapeutische toepassingen, aangezien men ze zou kunnen laten ontwikkelen tot een bepaald soort cellen naargelang de therapeutische noden.⁶⁶ Ongeveer tegelijkertijd met de opkomst van niertransplantatie in de jaren '50 werden al hematopoëtische stamcellen⁶⁷ gebruikt om bepaalde bloedziekten (bv. leukemie) te behandelen. Aanvankelijk gebeurde dit door middel van beenmergtransplantatie.⁶⁸ Beenmerg is een los bindweefsel dat zich bevindt in botholten en hematopoëtische stamcellen bevat voor de aanmaak van bloed.⁶⁹ De infusie van beenmerg via bloedvaten bij de patiënt⁷⁰ betreft dus eigenlijk een weefseltransplantatie. Nu worden hematopoëtische stamcellen ook via de bloedvaten ingebracht na extractie uit perifeer bloed en navelstrengbloed.⁷¹

De afgelopen jaren wordt stamceltransplantatie ook steeds meer in overweging genomen voor onder meer de vorming van hersencellen ter bestrijding van de ziekte van Alzheimer, voor de vorming van de insuline-producerende cellen ter behandeling van diabetes of voor de regeneratie van hartweefsel.⁷² Bij sommige van deze toepassingen zou stamceltransplantatie een alternatief voor orgaantransplantatie kunnen zijn.

14. Ook cellen die al gedifferentieerd zijn, kunnen het voorwerp van celtransplantatie uitmaken. In plaats van de gehele pancreas te transplanteren kan er voor de behandeling van diabetes overgegaan worden tot de transplantatie van pancreaseilandjes, ook eilandjes van Langerhans genaamd.⁷³ Deze pancreaseilandjes vormen het weefsel van de pancreas dat bestaat uit de verschillende hormoonproducerende cellen verbonden door een microvasculatuur, die evenwel verloren gaat tijdens de transplantatieprocedure.⁷⁴ De β -cellen, die de insuline produceren, zouden ook afzonderlijk getransplanteerd kunnen worden.⁷⁵ Voor eilandjestransplantaties moet eerst de pancreas uit het donorlichaam verwijderd worden. Vervolgens moeten de eilandcellen geïsoleerd worden om ze daarna te injecteren bij de

⁶⁵ H.M. AEJAZ *et al.*, "Stem Cell Therapy – Present Status", *Transpl. Proc.* 2007, vol. 39, (694) 695.

⁶⁶ M.H. BEERS *et al.*, *Merck Manual*, 2005 (2^{de} ed.), 1087; H.M. AEJAZ *et al.*, *o.c.*, *Transpl. Proc.* 2007, (694) 694.

⁶⁷ Dit zijn bloedvormende stamcellen (vgl. A.A.F. JOCHEMS en F.W.M.G. JOOSTEN, *Coelho*, 2009, 384, tw. 'hemopoëse')

⁶⁸ S.A. EZZONE, "History of Hematopoietic Stem Cell Transplantation", *Sem. Onc. Nurs.* 2009, vol. 25, (95) 95.

⁶⁹ A.A.F. JOCHEMS en F.W.M.G. JOOSTEN, *Coelho*, 2009, 88; F.H. MARTINI en E.F. BARTHOLOMEW, *Anatomie en fysiologie*, 2011 (4^{de} ed.), 158-159.

⁷⁰ Zie: A.A.F. JOCHEMS en F.W.M.G. JOOSTEN, *Coelho*, 2009, 852.

⁷¹ S.A. EZZONE, *o.c.*, *Sem. Onc. Nurs.* 2009, (95) 96-97.

⁷² Zie o.a.: M.H. DAHLKE, *et al.*, "Stem Cell Therapy of the Liver – Fusion or Fiction?", *Liver transplantation* 2004, vol. 10, 471-479; H.M. AEJAZ *et al.*, *o.c.*, *Transpl. Proc.* 2007, (694) 697; A.A. KOCHER *et al.*, "Stem cells and cardiac regeneration", *Transpl. International* 2007, vol. 20, 731-746.

⁷³ D.W.R. GRAY, "Pancreatic islet and fetal pancreas transplantation" in P.J. MORRIS en W.C. WOOD (eds.), *Oxford Textbook of Surgery. Vol. 1*, Oxford, Oxford University Press, 2000 (2^{de} ed.), (737) 737; D. PIPELEERS *et al.*, "A View on Beta Cell Transplantation in Diabetes", *Ann. N.Y. Acad. Sci.* 2002, vol. 958, (69) 70; M.H. BEERS *et al.*, *Merck Manual*, 2005 (2^{de} ed.), 704-705 en 1086-1087.

⁷⁴ L. JANSSON en P.-O. CARLSSON, "Graft vascular function after transplantation of pancreatic islets", *Diabetologia* 2002, vol. 45, (749) 750; G.W. BURKE, G. CIANCIO en H.W. SOLLINGER, "Advances in Pancreas Transplantation", *Transplantation* 2004, vol. 77, (S62) S65; M.H. BEERS *et al.*, *Merck Manual*, 2005 (2^{de} ed.), 704; A.A.F. JOCHEMS en F.W.M.G. JOOSTEN, *Coelho*, 2009, 496.

⁷⁵ O.T. TERPSTRA *et al.*, "Transplantatie van eilandjes van Langerhans bij patiënten met diabetes mellitus type 1", *Ned. Tijdschr. Gen.* 2005, 12-16; A.J.F. KING *et al.*, "Normal Relationship of β - and Non- β -Cells Not Needed for Successful Islet Transplantation", *Diabetes* 2007, vol. 56, (2312) 2312.

patiënt.⁷⁶ Eilandjestransplantatie werd in de Verenigde Staten al uitgevoerd in de jaren '70, maar was aanvankelijk niet succesvol. Pas sinds 2000 is men stilaan resultaat beginnen boeken.⁷⁷ In tegenstelling tot andere celtransplantaties zijn er over het aantal eilandtransplantaties statistieken beschikbaar. In 2012 werden er in België 19 eilandjestransplantaties uitgevoerd, wat zeer veel is in vergelijking met de buurlanden.⁷⁸ De meeste pancreassen worden gebruikt voor eilandjesextractie in plaats van transplantatie van het gehele orgaan.⁷⁹ Nochtans blijkt op lange termijn de transplantatie van een gehele gevasculariseerde pancreas nog steeds superieur aan transplantatie van eilandjes.⁸⁰

Daarnaast kan onder meer ook gedacht worden aan transplantatie van levercellen (hepatocyten)⁸¹ of aan transfusie van bloedcellen (m.n. bloedplaatjes en rode bloedcellen). Om efficiënter met de beschikbare bloedenheden om te gaan (o.a. in het raam van chirurgie), gebeurt het wel vaker dat men slechts bloedcomponenten in plaats van vol bloed transfereert.⁸²

D. *Transplantatie van samengestelde weefsels*

15. Transplantatie kan ten slotte ook betrekking hebben op zogenaamde 'samengestelde weefsels' (*composite tissues*), ook wel 'gevasculariseerde samengestelde allogreffen' genoemd.⁸³ Het aantal van deze transplantaties ligt wereldwijd veel lager dan orgaan-, weefsel- en celtransplantaties,⁸⁴ logischerwijze omdat ze pas recent tot ontwikkeling zijn gekomen.

Op de eerste plaats kan gedacht worden aan transplantatie van ledematen. In 1998 werd voor het eerst succesvol een hand getransplanteerd (Frankrijk).⁸⁵ Weliswaar moest het getransplanteerde hand wegens psychologische moeilijkheden bij de ontvanger later terug worden weggenomen.⁸⁶ Nadien werden nog verschillende andere handtransplantaties uitgevoerd, waaronder ook in België voor het eerst in 2002.⁸⁷ Handtransplantatie herstelt het fysieke uitzicht en in bepaalde mate ook het functioneel gebruik van en gevoel in de handen, in

⁷⁶ R.D.M. ALLEN *et al.*, o.c., *Transpl. Proc.* 2001, (3485) 3487; O.T. TERPSTRA *et al.*, o.c., *Ned. Tijdschr. Gen.* 2005, 12-16.

⁷⁷ R.M. LANGER, "Islet Transplantation: Lessons Learned Since the Edmonton Breakthrough", *Transpl. Proc.* 2010, vol. 42, (1421) 1421.

⁷⁸ Eurotransplant Annual Report 2012, <http://www.eurotransplant.org>.

⁷⁹ C. RANDON *et al.*, o.c., *T. Gen.* 2007, (262) 263.

⁸⁰ J. PIRENNE *et al.*, "Abdominal Transplant Surgery and Transplant Coordination University Hospitals Leuven 1997-2007: an Overview", *Acta Chir. Belg.* 2008, (15) 17.

⁸¹ A. SGROI *et al.*, "What Clinical Alternatives to Whole Liver Transplantation? Current Status of Artificial Devices and Hepatocyte Transplantation", *Transplantation* 2009, vol. 87, (457) 461; E. TÖRÖK *et al.*, "Primary Human Hepatocytes on Biodegradable Poly(L-Lactic acid) Matrices: A Promising Model for Improving Transplantation Efficiency With Tissue Engineering", *Liver Transplantation* 2011, vol. 17, 104-114; Advies nr. 8695 van 6 april 2011 van de Hoge Gezondheidsraad, "Transplantatie van humane hepatocyten: klinische indicaties, therapeutische waarde, vergelijking met levertransplantatie en kwaliteitsnormen", <http://www.health.belgium.be>, waar dit nog als een experimentele behandeling werd beschouwd. Deze (gedifferentieerde) levercellen moge niet verward worden met de (ongedifferentieerde) stamcellen die eveneens uit de lever onttrokken kunnen worden.

⁸² L.T. GOODNOUGH en J.M. SHUCK, "Risks, Options, and Informed Consent for Blood Transfusion in Elective Surgery", *The American Journal of Surgery* 1990, vol. 159, (602) 602; S. SHARMA, P. SHARMA en L.N. TYLER, "Transfusion of Blood and Blood Products: Indications and Complications", *Am. Fam. Physician* 2011, vol. 83, nr. 6, 719-724.

⁸³ K.V. RAVINDRA, H. XU en S.T. ILDESTAD, "Vascularized Composite Allotransplantation at a Crossroad", *Transpl. Proc.* 2011, vol. 43, (3501) 3501.

⁸⁴ In 2009 ging het om iets meer dan 70 gevallen (K.V. RAVINDRA, *et al.* "Composite Tissue Allotransplantation: Current Challenges", *Transpl. Proc.* 2009, vol. 41, (3519) 3520). In 2011 sprak men van al van meer dan 100 transplantaties van allerlei samengestelde weefsels (T. HAUZT *et al.*, "How Reconstructive Transplantation Is Different From Organ Transplantation – and How It Is Not", *Transpl. Proc.* 2011, vol. 43, (3504) 3504). Cijfers worden bijgehouden in het *International Registry on Hand and Composite Tissue Transplantation* (www.handregistry.com), maar zijn niet publiek toegankelijk.

⁸⁵ J.-M. DUBERNARD *et al.*, "First human hand transplantation. Case report", *Transpl. Int.* 2003, vol. 13, S521-S524.

⁸⁶ J.H. BARKER *et al.*, "Composite Tissue Allotransplantation", *Transplantation* 2002, vol. 73, (832) 832.

⁸⁷ B. SWEARINGEN *et al.*, "Science of Composite Tissue Allotransplantation", *Transplantation* 2008, vol. 86, (627) 630.

tegenstelling tot een prothese.⁸⁸ Ook de transplantatie van de arm (boven de elleboog) werd reeds uitgevoerd.⁸⁹

Naast de transplantatie van ledematen werden sinds 2005 ook al enkele gezichtstransplantaties uitgevoerd, waarvan alvast één in België in 2011.⁹⁰ Gezichtstransplantaten zijn samenhangende gezichtsdelens die naast huid onder meer ook botweefsel, de neus, de lippen, de oogleden en het traansysteem, zenuwen en/of spieren kunnen bevatten, maar telkens in samenstelling en vorm verschillen per patiënt.⁹¹ De patiënt zal hierdoor geenszins de identiteit van de donor overnemen (of zijn oude gelaat hersteld zien), maar een geheel ‘nieuw’ gezicht krijgen.⁹² Gezichtstransplantatie moet worden beschouwd als een behandeling voor ernstige misvormingen die een zware impact hebben op het sociale leven,⁹³ en is naast sociale re-integratie ook gericht op het in zekere mate herstellen van de zintuigen, de spraak en de gezichtsexpressie.⁹⁴ Gezichtstransplantatie lokte aanvankelijk sterke maatschappelijke discussie uit.⁹⁵ Er werd onder meer gevreesd dat het bestaan van gezichtstransplantatie de sociale intolerantie tegen misvormingen zou vergroten als het ooit een routine-ingreep zou worden.⁹⁶

16. Naast de uitwendige samengestelde weefsels kunnen ook inwendige samengestelde weefsels getransplanteerd worden. In 1969 werd in België al experimenteel een niet-gevasculariseerde larynx (strottenhoofd) getransplanteerd.⁹⁷ De eerste succesvolle transplantatie van een larynx, inclusief klieren en delen van de trachea, geschiedde echter pas in 1998 in de Verenigde Staten.⁹⁸ Deze zeldzame ingreep wordt beschouwd als een manier om onder meer de spraak en de reukzin te verbeteren bij patiënten met larynxletsels en wiens larynx om medische redenen moest worden weggehaald.⁹⁹

⁸⁸ M. LANZETTA *et al.*, “The International Registry on Hand and Composite Tissue Transplantation”, *Transplantation* 2005, vol. 79, (1210) 1213; S. SCHNEEBERGER *et al.*, “Achievements and challenges in composite tissue allotransplantation”, *Transplant International* 2011, vol. 24, (760) 763.

⁸⁹ N.F. JONES en S. SCHNEEBERGER, “Arm Transplantation: Prospects and Visions”, *Transpl. Proc.* 2009, vol. 41, (476) 479; S. SCHNEEBERGER *et al.*, o.c., *Transplant Int.* 2011, (760) 763-764; “The incredible scene inside operating theatre as surgeons carry out double arm transplant on US Iraq war veteran who lost all four limbs”, www.dailymail.co.uk, geraadpleegd op 29 januari 2013.

⁹⁰ N.A. ROCHE *et al.*, “Complex facial reconstruction by vascularized composite allotransplantation: The first Belgian case”, *J. Plast. Reconstr. Aesthet. Surg.* 2015, 362-371; “‘Dit is pure kunst’”, *De Standaard* 9 januari 2012, 10; “Belgische primeur: man krijgt nieuw gezicht”, *De Morgen* 7 januari 2012, 1.

⁹¹ Zie o.a.: P. MORRIS *et al.*, “Face Transplantation: A Review of the Technical, Immunological, Psychological and Clinical Issues with Recommendations for Good Practice”, *Transplantation* 2007, vol. 83, (109) 110-111; B. POMAHAC *et al.*, “Three Patients with Full Facial Transplantation”, *N. Engl. J. Med.* 2012, vol. 366, (715) 715.

⁹² G.J. AGICH en M. SIEMIONOW, “Until they have faces: the ethics of facial allograft transplantation”, *J. Med. Ethics* 2005, vol. 31, (707) 708; B.E. WHITE en I. BRASSINGTON, “Facial allograft transplants: where’s the catch?”, *J. Med. Ethics* 2008, vol. 34, (723) 723. Zie echter: “Woman comes face to face with her dead brother’s transplanted face”, www.theguardian.com (geraadpleegd op 29 mei 2015), waar de nabestaanden van een gezichtsdonor bepaalde gelaatsstreken bij de gezichtsontvanger herkennen.

⁹³ G.J. AGICH en M. SIEMIONOW, o.c., *J. Med. Ethics* 2005, (707) 708.

⁹⁴ S. SCHNEEBERGER *et al.*, o.c., *Transplant Int.* 2011, (760) 764; N.A. ROCHE *et al.*, o.c., *J. Plast. Reconstr. Aesthet. Surg.* 2015, (362) 363.

⁹⁵ Zie: T. POWELL, “Face Transplant: Real and Imagined Ethical Challenges”, *J. L. Med. Ethics* 2006, (111) 111 e.v.

⁹⁶ M. FREEMAN en P.A. JAOUDE, “Justifying surgery’s last taboo: the ethics of face transplants”, *J. Med. Ethics* 2007, vol. 33, (76) 80; J. PARTRIDGE, “Initiating a European Platform on Organ Transplantation. Face Transplantation: Hearing the Patients’ Voice” in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation: Ethical, Legal and Psychosocial Aspects. Towards a Common European Policy*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2008, (533) 534 e.v.; Advies nr. 82 van 6 februari 2004 van het Comité Consultatif National d’Éthique pour les sciences de la vie et de la santé, “L’allotransplantation de tissu composite (ATC) au niveau de la face (Grefte totale ou partielle d’un visage)”, <http://www.ccne-ethique.fr>, 17.

⁹⁷ C.P.S. POTTER en M.A. BIRCHALL, “Laryngectomees’ views on laryngeal transplantation”, *Transpl. Int.* 1998, vol. 11, (433) 434.

⁹⁸ P.D. KNOTT *et al.*, “A 12-Year Perspective on the World’s First Total Laryngeal Transplant”, *Transplantation* 2011, vol. 91, (804) 804.

⁹⁹ E. DUQUE *et al.*, “Management of Larynx and Trachea Donors”, *Transpl. Proc.* 2007, vol. 39, (2076) 2076; D.G. FARWELL *et al.*, “Laryngotracheal Transplantation: Technical Modifications and Functional Outcomes”, *Laryngoscope* 2013, vol. 123, (2502) 2508.

Ook transplantatie van de gehele trachea (luchtpijp) kwam reeds voor. In België is men recent als eerste in de wereld erin geslaagd om gevasculariseerde trachea's succesvol te transplanteren als behandeling voor permanente en ernstige beschadiging van lange stukken van de luchtweg. Het betreft een bijzondere ingreep. Om de doorbloedingsproblemen te overwinnen, transplanteert men de donortrachea eerst in de voorarm van de ontvanger en verwijdert men het membraangedeelte van donortrachea, alsook een deel van het slijmvlies, dat wordt vervangen door slijmvlies uit de mond van de ontvanger. Pas na het regenereren van de bloedvoorziening in de voorarm een paar maanden later wordt de trachea ter hoogte van de hals van de ontvanger geïmplanteerd.¹⁰⁰

Voor de volledigheid moet worden vermeld dat doorheen de jaren ook transplantatie van nog andere samengestelde weefsels, zoals de buikwand,¹⁰¹ femuren, gevasculariseerde kniegewrichten, buigpezen, de baarmoeder, de tong en zelfs de penis, werd gerapporteerd.¹⁰²

Afdeling 2. De eigenheid van orgaantransplantatie

17. Zonet werd duidelijk gemaakt dat een transplantatie niet enkel de vaste organen, maar ook vele andere lichaamsdelen tot voorwerp kan hebben. Toch heeft het zin om de transplantatie van organen medisch gezien afzonderlijk te classificeren. Dit kan gestaafd worden aan de hand van enkele min of meer specifieke kenmerken. Deze hebben betrekking op de preservatie van organen (§ 1), de immunologische problemen (§ 2), het belang van de transplantatie voor de ontvanger (§ 3) en de ontoereikende beschikbaarheid van organen (§ 4).

§ 1. PRESERVATIE

18. Bij transplantatie is de klinische preservatie of bewaring van de transplantaten van groot belang. Via het circulerende bloed krijgen de verschillende lichaamsdelen de zuurstof en voedingstoffen die ze nodig hebben om goed te functioneren.¹⁰³ Wanneer het hart stopt met bloed te pompen of wanneer lichaamsdelen worden weggenomen, ontstaat er bloedeloosheid of 'ischemie'¹⁰⁴ waardoor die delen beschadigd worden en afsterven. Het spreekt voor zich dat ze dan niet meer bruikbaar zullen zijn voor transplantatie in een patiënt. Daarom werden bepaalde technieken ontwikkeld (bv. koeling, doorspoeling/perfusie met preservatievloeistoffen) waardoor het lichaamsmateriaal voldoende lang kan worden gepreserveerd om veilig en succesvol te transplanteren.¹⁰⁵

19. De klinische bewaartijd verschilt naargelang het type transplantaat. Algemeen geldt dat lichaamsmateriaal met een aanzienlijke doorbloeding sneller afsterft.¹⁰⁶ In het algemeen zijn

¹⁰⁰ P. DELAERE *et al.*, "Tracheal Allotransplantation after Withdrawal of Immunosuppressive Therapy", *N. Engl. J. Med.* 2010, vol. 362, 138-145; P.R. DELAERE *et al.*, "Learning Curve in Tracheal Allotransplantation", *Am. J. Transpl.* 2012, vol. 12, 2538-2541.

¹⁰¹ Dit gebeurt vaak in navolging van een darmtransplantatie: P. RUIZ *et al.*, *o.c.*, *Transplantation* 2007, (1) 5; G. SELVAGGI, *et al.*, "Abdominal Wall Transplantation: Surgical and Immunologic Aspects", *Transpl. Proc.* 2009, vol. 41, (521) 522.

¹⁰² Zie o.a.: K.V. RAVINDRA *et al.*, *o.c.*, *Transpl. Proc.* 2008, (1237) 1240-1242; G.R. TOBIN *et al.*, "The History of Human Composite Tissue Allotransplantation", *Transpl. Proc.* 2009, vol. 41, (466) 467-469.

¹⁰³ M.H. BEERS *et al.*, *Merck Manual*, 2005 (2^{de} ed.), 2-3 en 116-117; F.H. MARTINI en E.F. BARTHOLOMEW, *Anatomie en fysiologie*, 2011 (4^{de} ed.), 11.

¹⁰⁴ A.A.F. JOCHEMS en F.W.M.G. JOOSTEN, *Coelho*, 2009, 462.

¹⁰⁵ V. MARSHALL *et al.*, "Organ and tissue preservation for transplantation" in P.J. MORRIS en W.C. WOOD (eds.), *Oxford Textbook of Surgery. Vol. 1*, Oxford, Oxford University Press, 2000 (2^{de} ed.), (645) 647-650; B. VAN HAELEWIJCK, *Don d'organes. Don de tissus*, 2002, 100.

¹⁰⁶ O.T. TERPSTRA, "Orgaandonatie" in H.A.M.J. TEN HAVE, D.P. ENGBERTS en L.E. KALKMAN-BOGERD (eds.), *Ethiek en recht in de gezondheidszorg*, Deventer, Kluwer, 1992, losbl., XXIII, (21) 22.

organen maar zeer kort houdbaar voor transplantatie. Zelfs met de bestaande preservatietechnieken is het meestal maar een kwestie van enkele uren. Het hart kan bv. ongeveer 6 uur vanaf ischemie worden bewaard. Nieren kunnen veruit het langst worden bewaard (iets langer dan een dag tot soms twee dagen). Hoe dan ook moet de transplantatie zo snel mogelijk gebeuren met zo weinig mogelijk ischemische schade aan het orgaan voor de beste resultaten.¹⁰⁷ Deze tijdsdruk betekent dat er geen uitgebreide verwerking of bewaring voor gebruik na lange tijd kan plaatsvinden.¹⁰⁸

Weefsels en cellen zijn in het algemeen veel langer houdbaar, zodat er meer tijd bestaat voor screening en beoordeling van hun kwaliteit.¹⁰⁹ In tegenstelling tot organen kunnen ze ook meer bewerkt worden.¹¹⁰ De bewaring kan naargelang het weefsel dagen, weken of zelfs jaren duren in zogenaamde weefselbanken. Samengestelde weefsels (ledematen e.d.) lijken wat betreft de bewaartijden in het algemeen meer op organen en worden dus ook maar een relatief korte tijd (max. 10 uur) bewaard voor transplantatie.¹¹¹

§ 2. IMMUNOLOGIE

20. Vanaf de inplanting worden transplantaten aan een nieuw gevaar blootgesteld: het immuunsysteem van de ontvanger. Zo beschikt ieder persoon onder meer over een individuele combinatie van verschillende humaan-leukocytantigenen, de zogenaamde HLA-groep of weefselgroep. Via de HLA's wordt gewaarschuwd voor de aanwezigheid van lichaamsvreemd weefsel. De antigenen leiden tot de aanmaak van antistoffen of -lichamen, waardoor het lichaamsvreemde weefsel wordt afgestoten. Deze immuunrespons of afstotingsreactie vindt niet enkel ten aanzien van schadelijke stoffen (m.n. bacteriën en virussen), maar ook ten aanzien van getransplanteerde organen plaats.¹¹²

Weliswaar is de afstotingsreactie minder sterk naarmate het weefsel- of HLA-type van het donororgaan overeenstemt met dat van de ontvanger. De verenigbaarheid tussen vreemd lichaamsmateriaal en het eigen lichaam wordt de histocompatibiliteit genoemd.¹¹³ Dergelijke overeenstemming is niet zo vanzelfsprekend, omdat er miljoenen HLA-combinaties mogelijk

¹⁰⁷ In de praktijk wordt gestreefd naar een maximale ischemietijd van minder dan 6 uur voor harten, minder dan 10 uur voor longen en dunne darm, minder dan 12 uur voor lever en pancreas en minder dan 24 uur voor nieren. Zie: L. COLENBIE, "Toewijzing van organen" in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, Leuven, Acco, 2014, (29) 31. Een lagere kwaliteit van organen kan nopen tot een lagere ischemietijd, zie bv. INSERM, *Transplantation d'organes – Quelles voies de recherche?*, Parijs, Les éditions Inserm, 2009, 303 (ischemietijd voor lever normaal 10 à 12 uren, maar voor o.a. vervette levers een ischemietijd onder 8 uren).

¹⁰⁸ "Organ Donation and Transplantation Policy Options at EU Level. Consultation Document", <http://ec.europa.eu/health>, 6.

¹⁰⁹ A.G. BERKHOUT en J.J.M. HAASE-KROMWIJK, o.c., *Medisch contact* 2001, nr. 24, <http://medischcontact.artsennet.nl>; L. GAUM, et al., o.c., *British Journal of Anaesthesia* 2012, (i43) i44; H. NYS, "Recht en AIDS. Besmetting, opsporing en preventie strafrechtelijk en gezondheidsrechtelijk beschouwd", *Panopticon* 1988, (8) 13; I. HAENTJES en N. ECTORS, "Weefseldonatie" in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, Leuven, Acco, 2014, (118) 120; J. KRANENBURG, T. DE BIJ en G. PERSIJN, "De organisatie van orgaan- en weefseldonatie en -transplantatie in Nederland" in H.B.M. VAN WEZEL, M. SLOOFF en H. VAN GOOR (eds.), *Orgaandonatie. Organisatorische, juridische, ethische en medisch-technische aspecten van orgaan- en weefseldonatie*, Houten, Bohn Stafleu Van Loghum, 1998, (34) 39.

¹¹⁰ C. TROUET, *Van lichaam naar lichaamsmateriaal: recht en het nader gebruik van cellen en weefsels*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 9-10, nr. 10 en 13, nr. 17.

¹¹¹ L.C. CENDALES, A. RAHMEI en T.L. PRUETT, "Allocation of Vascularized Composite Allografts: What Is It?", *Transplantation* 2012, vol. 93, (1086) 1086; S. SCHNEEBERGER, et al., "Vascularized Composite Allograft Transplantation: A Member of the Transplant Family?", *Transplantation* 2012, vol. 93, (1088) 1090. Zie ook: K.V. RAVINDRA et al., o.c., *Transpl. Proc.* 2008, (1237) 1241 en 1242. Gevasculariseerde knietransplantaten werden echter al tussen 18 en 25 uren bewaard: M. DIEFENBECK, et al., "Outcome of allogeneic vascularized knee transplants", *Transpl. Int.* 2007, vol. 20, (410) 411 en 414.

¹¹² Ieder zoogdier beschikt over een *major histocompatibility complex* (MHC). Het HLA-systeem is het MHC van de mens. Zie: G.G. PERSIJN, "Transplantatiegeneeskunde. De huidige stand van zaken" in V.G.H.J. KIRKELS (ed.), *Transplantatie en mensbeeld*, Baarn, Ambo, 1992, (11) 13-14; M.H. BEERS et al., *Merck Manual*, 2005 (2^{de} ed.), 1082; A.A.F. JOCHEMS en F.W.M.G. JOOSTEN, *Coelho*, 2009, 401.

¹¹³ A.A.F. JOCHEMS en F.W.M.G. JOOSTEN, *Coelho*, 2009, 400.

zijn. De beste histocompatibiliteit kan worden gevonden bij genetisch verwante familieleden, aangezien HLA-groepen erfelijk bepaald zijn.¹¹⁴ Dit verklaart ook waarom er bij transplantatie tussen identieke tweelingen (*isotransplantatie*)¹¹⁵ geen afstoting optreedt.¹¹⁶

Het immuunsysteem bestaat echter uit meer dan enkel het HLA-systeem. Er zijn nog verschillende andere antigenen, zoals onder andere de ABO-antigenen, beter bekend als de bloedgroep.¹¹⁷ Bovendien verschilt de immunologische reactie van orgaan tot orgaan (afhankelijk van de hoeveelheid aanwezige antigenen, de toestand van het orgaan, e.d.) en van persoon tot persoon.¹¹⁸

21. Zelfs met een goede weefselcompatibiliteit kan afstoting optreden. Daarom is er nood aan immuunsuppressie, de kunstmatige onderdrukking van de immuunreactie.¹¹⁹ Meer specifiek kan het tekort aan histocompatibiliteit in zekere mate worden opgevangen door de ontvanger te behandelen met bepaalde geneesmiddelen, namelijk de zogenaamde immunosuppressiva. Dankzij de ontwikkeling van ciclosporine en andere immunosuppressiva in de jaren '70 en '80 is orgaantransplantatie zo succesvol kunnen worden.¹²⁰

Deze medicijnen hebben echter ook nadelen. In principe zal de ontvanger deze immunosuppressiva voor de rest van zijn leven moet nemen, weliswaar vaak afbouwend tot lage doses.¹²¹ Bovendien brengen immunosuppressiva risico's mee. Doordat ze de normale werking van het immuunsysteem onderdrukken, neemt de kans op o.a. infecties en zelfs kanker toe.¹²² En zelfs met immunosuppressiva is er 'chronische' afstoting, een afstotingsvariant waarbij het transplantaat langzaam achteruitgaat en na jaren alsnog wordt afgestoten.¹²³ Gemiddeld gaan veel donororganen maar 5 jaar mee, terwijl een donornier wel 10 jaar of langer kan functioneren.¹²⁴ Vooral bij dunnedarmtransplantatie vormt de afstoting een belangrijke hinderpaal voor goede lange termijn-resultaten.¹²⁵ Het mag duidelijk zijn dat transplantatie tot nu toe geen *perfect fix* is.¹²⁶ Daarom wordt gestreefd naar betere immuunsuppressie (bv. ontwikkeling van nieuwe immunosuppressiva, betere monitoring van het afstotingsproces) met

¹¹⁴ G.G. PERSIJN, o.c. in V.G.H.J. KIRKELS (ed.), *Transplantatie en mensbeeld*, 1992, (11) 14; B. VAN HAELEWIJCK, *Don d'organes. Don de tissus*, 2002, 62.

¹¹⁵ A.A.F. JOCHEMS en F.W.M.G. JOOSTEN, *Coelho*, 2009, 914.

¹¹⁶ H. AUCHINCLOSS, "Basic transplantation immunology" in P.J. MORRIS en W.C. WOOD (eds.), *Oxford Textbook of Surgery. Vol. 1*, Oxford, Oxford University Press, 2000 (2^{de} ed.), (609) 620.

¹¹⁷ A.A. ZACHARY, "Immunologic Evaluation" in R.W.G. GRUENESSNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, New York, McGraw-Hill Medical, 2008, (158) 158-160; H. AUCHINCLOSS, o.c. in P.J. MORRIS en W.C. WOOD (eds.), *Oxford Textbook of Surgery. Vol. 1*, 2000 (2^{de} ed.), (609) 614; B. VAN HAELEWIJCK, *Don d'organes. Don de tissus*, 2002, 64. Zie in het bijzonder *infra* over 'gepaarde transplantatie': Deel IV, Hoofdstuk I, afd. 3 en Deel VI, Hoofdstuk I, afd. 3, § 4, C.

¹¹⁸ A.A. ZACHARY, o.c. in R.W.G. GRUENESSNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, 2008, (158) 158-159.

¹¹⁹ A.A.F. JOCHEMS en F.W.M.G. JOOSTEN, *Coelho*, 2009, 441.

¹²⁰ M.H. SAYEGH en C.B. CARPENTER, "Transplantation 50 Years Later – Progress, Challenges, and Promises", *N. Engl. J. Med.* 2004, vol. 351, afl. 26, (2761) 2762.

¹²¹ Dit noemt men 'operationele tolerantie': M. WAER, "Orgaantransplantatie: immunologische basis en toekomstperspectieven", *T. Gen.* 1994, nr. 17, (1335) 1338; M.H. BEERS *et al.*, *Merck Manual*, 2005 (2^{de} ed.), 1082; Dossier transplantatie, 2005, www.maguza.be, 2, geraadpleegd op 24 februari 2014. Leverontvangers kunnen soms zelfs stoppen met inname van immunosuppressiva: R. CALNE, "Challenges of Organ Transplantation", *Transpl. Proc.* 2005, vol. 37, (1979) 1980.

¹²² M.H. BEERS *et al.*, *Merck Manual*, 2005 (2^{de} ed.), 1082-1083; E.A. ENGELS *et al.*, "Spectrum of Cancer Risk Among US Solid Organ Transplant Recipients", *JAMA* 2011, vol. 306, 1891-1901; INSERM, *Transplantation d'organes – Quelles voies de recherche?*, Parijs, Les éditions Inserm, 2009, 378-379.

¹²³ H. AUCHINCLOSS, o.c. in P.J. MORRIS en W.C. WOOD (eds.), *Oxford Textbook of Surgery. Vol. 1*, 2000 (2^{de} ed.), (609) 619.

¹²⁴ B. VAN HAELEWIJCK, *Don d'organes. Don de tissus*, 2002, 84; J.M. CECKA, "Long-Term Outcome" in R.W.G. GRUENESSNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, New York, McGraw-Hill Medical, 2008, (319) 319.

¹²⁵ L.J. CEULEMANS *et al.*, o.c., *P. Belg. Roy. Acad. Med.* 2013, (1) 4.

¹²⁶ R. MUNSON, "Organ Transplantation" in B. STEINBOCK (ed.), *The Oxford handbook of bioethics*, Oxford, Oxford University Press, 2007, (211) 212.

als ultieme doel het bewerkstelligen van immuuntolerantie¹²⁷ bij de ontvanger zonder de bijwerkingen van immunosuppressiva. Al enige tijd trachten onderzoekers donorspecifieke tolerantie te bekomen door o.a. het toedienen van beenmerg of stamcellen van de nierdonor samen met de niertransplantatie.¹²⁸

22. Bij weefsels en cellen is de afstotingsreactie doorgaans veel minder problematisch.¹²⁹ De stoffen die tot afstoting leiden, worden vervoerd in de bloedbaan. Voor sommige weefsels (bv. hoornvlies) is er dan ook zelden of nooit afstoting omwille van hun gebrek aan eigen bloedvoorziening of vascularisatie.¹³⁰ Rode bloedcellen bezitten slechts een klein aantal antigenen, zodat het vinden van een compatibele donor in principe niet zo moeilijk is.¹³¹ Bij huid is de afstotingsreactie dan weer wel zeer sterk. Maar daarom gebruikt men (allogene) huidtransplantaten normaal slechts als tijdelijke ‘dressing’ voor de behandeling van (brand)wonden.¹³² Ook getransplanteerd bot zal soms maar korte tijd overleven, maar dit kan volstaan om de groei van nieuw bot bij de patiënt te stimuleren.¹³³

Bij transplantatie van samengestelde weefsels is er doorgaans dan weer wel een aanzienlijke afstotingsreactie die noopt tot immunosuppressiva. Immunologisch gelijken getransplanteerde samengestelde weefselallogreffes dus sterk op organen.¹³⁴ Weliswaar zijn er enkele voordelen aan verbonden. De afstotingsreactie kan bij uitwendige allogreffes gemakkelijk opgevolgd worden en zou bovendien deels afgezwakt worden omwille van beenmerg dat soms mee wordt getransplanteerd.¹³⁵

§ 3. BELANG VAN DE TRANSPLANTATIE VOOR DE ONTVANGER

23. Orgaantransplantatie wordt vaak beschouwd als een behandeling met een levensreddend of althans levensverlengend karakter. Transplantatie van weefsels, evenals van samengestelde weefsels is daarentegen meestal niet levensnoodzakelijk, maar leidt (slechts) tot de verbetering van de levenskwaliteit van de ontvanger.¹³⁶

¹²⁷ Dit betekent een geringe of geheel afwezige reactie op vreemde weefselantigenen: A.A.F. JOCHEMS en F.W.M.G. JOOSTEN, *Coelho*, 2009, 441.

¹²⁸ M. WAER, o.c., *T. Gen.* 1994, (1335) 1338; R. VANHOLDER, “Transplanttolerantie”, *T. Gen.* 1999, nr. 23, (1676) 1676 en 1679; L. PACZEK *et al.*, “New Concepts in Organ Transplantation”, *Transpl. Proc.* 2004, vol. 36, (1232) 1232-1233; J.D. SCANDLING *et al.*, “Tolerance and Withdrawal of Immunosuppressive Drugs in Patients Given Kidney and Hematopoietic Cell Transplants”, *Am. J. Transpl.* 2012, vol. 12, 1133-1145; N. PIPAT, K. HOCK en T. WEKERLE, “Mixed chimerism through donor bone marrow transplantation: a tolerogenic cell therapy for application in organ transplantation”, *Curr. Opin. Organ Transplant.* 2012, vol. 17, 63-70. Zie bv. ook over miltransplantatie: F.J.M.F. DOR, B. GOLLACKNER en D.K.C. COOPER, “Can spleen transplantation induce tolerance? A review of the literature”, *Transpl. Int.* 2003, vol. 16, 451-460 en over dunnedarmtransplantatie: L.J. CEULEMANS *et al.*, o.c., *P. Belg. Roy. Acad. Med.* 2013, (1) 6 (immunotolerante effecten door o.a. gelijktijdige levertransplantatie). Er wordt daarnaast ook gedacht aan gentherapie: J.S. BROMBERG, “Gene Therapy” in R.W.G. GRUESSNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, New York, McGraw-Hill Medical, 2008, 760-768.

¹²⁹ Zie: D. HOUSSIN, o.c. in P. MORRIS (ed.), *Regard éthique*, 2003, (21) 35; J.E. WOLL, o.c., *Clin. Lab. Med.* 2005, (473) 475.

¹³⁰ M.H. BEERS *et al.*, *Merck Manual*, 2005 (2^{de} ed.), 1088.

¹³¹ M.H. BEERS *et al.*, *Merck Manual*, 2005 (2^{de} ed.), 1082.

¹³² J.E. WOLL, o.c., *Clin. Lab. Med.* 2005, (473) 475; M.H. BEERS, *et al.*, *Merck Manual. Medisch handboek*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum, 2005 (2^{de} ed.), M.H. BEERS *et al.*, *Merck Manual*, 2005 (2^{de} ed.), 1089; R. HIERNER, *et al.*, “Skin grafting and wound healing – the “dermato-plastic team approach””, *Clin. Derm.* 2005, vol. 23, (343) 348.

¹³³ M.H. BEERS *et al.*, *Merck Manual*, 2005 (2^{de} ed.), 1089.

¹³⁴ L.C. CENDALES, A. RAHMEL en T.L. PRUETT, o.c., *Transplantation* 2012, (1086) 1086; S. SCHNEEBERGER *et al.*, o.c., *Transplant Int.* 2011, (760) 760-761 en 765. Zie bv. specifiek voor gezichtstransplantatie: L. LANTIERI *et al.*, “Feasibility, Reproducibility, Risks and Benefits of Face Transplantation: A Prospective Study of Outcomes”, *Am. J. Transpl.* 2011, vol. 11, (367) 375, waar wordt gesteld dat acute afstoting sneller voorkomt dan bij vaste organen.

¹³⁵ S. SCHNEEBERGER *et al.*, o.c., *Transplant Int.* 2011, (760) 766; K.V. RAVINDRA, H. XU en S.T. ILDSTAD, o.c., *Transpl. Proc.* 2011, (3501) 3501-3502.

¹³⁶ T. HAUTZ *et al.*, o.c., *Transpl. Proc.* 2011, (3504) 3505; L. GAUM, *et al.*, o.c., *British Journal of Anaesthesia* 2012, (i43) i44.

Een strikt onderscheid is evenwel niet altijd mogelijk. Zo zijn nieren en de pancreas wel organen, maar kan transplantatie ervan strikt gezien slechts beschouwd worden als levenskwaliteitverbeterend. De levensfuncties van nieren of de pancreas kunnen immers worden opgevangen door alternatieven (dialyse i.p.v. niertransplantatie en toediening van insuline i.p.v. pancreastransplantatie).¹³⁷ Huid en hartkleppen worden geclassificeerd als weefsels, maar huidtransplantatie bij ernstige brandwonden en hartkleptransplantatie kunnen toch als levensreddend worden beschouwd.¹³⁸ Ook bloedtransfusie kan levensreddend zijn.¹³⁹ Bij gezichtstransplantatie wordt ten slotte wel eens verdedigd dat het gezicht op sociaal vlak een levensnoodzakelijke functie vervult.¹⁴⁰

24. Het belang van de transplantatie voor de patiënt is bepalend voor de vraag in hoeverre de ingreep ten aanzien van de patiënt therapeutisch gerechtvaardigd is. Zoals gezegd, moet de patiënt bij orgaantransplantatie achteraf immunosuppressiva innemen, wat bepaalde risico's meebrengt. Het betreft bovendien een zware operatie.¹⁴¹ Dergelijke 'kosten' worden bij orgaantransplantatie doorgaans gerechtvaardigd geacht in het licht van het levensreddende karakter.¹⁴² Weliswaar is niertransplantatie (nota bene de meest uitgevoerde orgaantransplantatie) in principe slechts levenskwaliteit verbeterend, maar niettemin dient ze op zich wel tot het herstel van een vitale functie. Ze verbetert de levensverwachting en de levenskwaliteit zelfs significant in vergelijking met dialyse, zodat ze toch het etiket 'levensreddend' wordt meegegeven en ruim aanvaard wordt.¹⁴³ Ook pancreastransplantatie is in principe slechts levensverbeterend doordat ze de nood aan externe insulinetoediening bij diabetespatiënten wegneemt.¹⁴⁴ Louter levensverbeterende pancreastransplantaties worden wegens de risico's van immunosuppressiva echter vaak enkel voorbehouden voor patiënten die sowieso om andere redenen immunosuppressiva moeten gebruiken. Aldus wordt de pancreas vaak samen met een nier getransplanteerd.¹⁴⁵

Bij transplantatie van samengestelde weefsels wordt de evenredigheid veel meer in vraag gesteld. Zo'n transplantatie brengt immers gelijkaardige risico's als orgaantransplantatie mee (o.a. door levenslange immunosuppressiva), maar is doorgaans niet levensnoodzakelijk,

¹³⁷ T. HAUZT *et al.*, *o.c.*, *Transpl. Proc.* 2011, (3504) 3504.

¹³⁸ D. HOUSSIN, *o.c.* in P. MORRIS (ed.), *Regard éthique*, 2003, (21) 22; E. GUMBLEY en J. PEARSON, *o.c.*, *Nursing Standard* 2006, (51) 53; L. GAUM, *et al.*, *o.c.*, *British Journal of Anaesthesia* 2012, (i43) i44; I. HAENTJES en N. ECTORS, *o.c.* in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (118) 119.

¹³⁹ S. SHARMA, P. SHARMA en L.N. TYLER, *o.c.*, *Am. Fam. Physician* 2011, (719) 719; V. DERCKX en H. ROSCAM ABBING, "Patients' Right to Health Protection and Quality and Safety of Blood products", *EJHL* 2005, (153) 155.

¹⁴⁰ M. SIEMIONOW en E. SONMEZ, "Face as an organ", *Ann. Plast. Surg.* 2008, vol. 61, (345) 351, die erop wijzen dat gezichtstransplantatie in bepaalde gevallen van tumorverwijdering of brandwonden zelfs op fysiek vlak levensnoodzakelijk is. Zie ook: N.A. ROCHE *et al.*, *o.c.*, *J. Plast. Reconstr. Aesthet. Surg.* 2015, (362) 363.

¹⁴¹ M.H. BEERS *et al.*, *Merck Manual*, 2005 (2^{de} ed.), 1082; A. HUMAR en A.J. MATAS, "Kidney Transplantation" in A. HUMAR, A.J. MATAS en W.D. PAYNE (eds.), *Atlas of Organ Transplantation*, Londen, Springer, 2006, (91) 92.

¹⁴² J.H. BARKER *et al.*, *o.c.*, *Transplantation* 2002, (832) 834; K.V. RAVINDRA *et al.*, *o.c.*, *Transpl. Proc.* 2008, (1237) 1242.

¹⁴³ L.G. HUNSICKER, "A Survival Advantage for Renal Transplantation", *N. Eng. J. Med.* 1999, 1762-1462; M.E. SHAPIRO, "Is Kidney Transplantation Lifesaving?", *Am. J. Kidney Dis.* 2001, vol. 38, 221-222; J. AGICH, *o.c.*, *Mt. Sinai J. Med.* 2003, (141) 142 en 143; R.J. PLOEG, *o.c.* in H.G. GOOSZEN *et al.* (eds.), *Leerboek chirurgie*, 2006, (407) 413; L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe: possibilities of harmonisation*, Heidelberg, Springer, 2013, 6. Zie ook: M.H. BEERS *et al.*, *Merck Manual*, 2005 (2^{de} ed.), 1083 ("levensreddend alternatief voor dialyse"); M. SIEMIONOW en E. SONMEZ, *o.c.*, *Ann. Plast. Surg.* 2008, (345) 351 ("essential for the continuation of life"); G.G. GARCIA, P. HARDEN en J. CHAPMAN, *o.c.*, *Curr. Opin. Organ Transplant* 2012, vol. 17, (362) 366 ("life-saving therapy").

¹⁴⁴ C. RANDON *et al.*, *o.c.*, *T. Gen.* 2007, (262) 263.

¹⁴⁵ A. HUMAR K.O. KHWAJA en D.E.R. SUTHERLAND, "Pancreas Transplantation" in A. HUMAR, A.J. MATAS en W.D. PAYNE (eds.), *Atlas of Organ Transplantation*, Londen, Springer, 2006, 134; R.J. PLOEG, *o.c.* in H.G. GOOSZEN *et al.* (eds.), *Leerboek chirurgie*, 2006, (407) 413-414.

slechts levensverbeterend.¹⁴⁶ Bovendien is de mate van levensverbetering soms moeilijk te beoordelen, te meer in geval van beschikbare alternatieven (bv. prothese).¹⁴⁷

Ook bij transplantatie van enkelvoudige weefsels verschilt de afweging om een gelijksoortige reden met die bij orgaantransplantatie. Aangezien weefsel vaak slechts levenskwaliteitsverbeterend zijn, moeten de risico's (m.n. ziekteoverdracht) zeer laag gehouden worden, wat inhoudt dat de kwaliteit van ieder transplantaat streng beoordeeld moet worden.¹⁴⁸ Vaak is weefsel- en celtransplantatie ook technisch eenvoudiger dan orgaantransplantatie.¹⁴⁹

§ 4. HET ORGAANTEKORT

A. Orgaandonatie in cijfers

25. Sinds de jaren '80 is de vraag naar niertransplantatie aanzienlijk beginnen stijgen, terwijl het aanbod aan transplanteerbare nieren relatief weinig steeg en daarna veeleer gelijkmatig is gebleven.¹⁵⁰ Rond de eeuwwisseling tekende dezelfde trend zich af bij de transplantatie van andere vaste organen.¹⁵¹ Deze evoluties worden voor een groot stuk toegeschreven aan het succes van orgaantransplantatie. Naarmate de technieken en resultaten van orgaantransplantatie verbeterden en meer transplantatieprogramma's opstartten, werd deze behandeling voor steeds meer patiënten een therapeutisch gerechtvaardigde en dus gevraagde optie.¹⁵² Het resultaat is dat de vraag naar transplanteerbare menselijke organen nu ruimschoots het beschikbare aanbod overstijgt. Er bestaat m.a.w. een orgaantekort.

26. Het orgaantekort is een wereldwijd probleem. Bijna ieder land dat beschikt over transplantatieprogramma's, kampt ermee.¹⁵³ Het wordt beschouwd als het belangrijkste obstakel voor de volle ontwikkeling van orgaantransplantatie.¹⁵⁴ Weliswaar loopt de precieze omvang van het tekort in de verschillende landen uiteen, wat te maken heeft met een complex

¹⁴⁶ J. AGICH, o.c., *Mt. Sinai J. Med.* 2003, (141) 142 en 143, die weliswaar stelt dat ook overwegingen van levenskwaliteitsverbetering en kostenbesparing rechtvaardigingsgronden kunnen zijn, verwijzend naar niertransplantatie; K.V. RAVINDRA *et al.*, o.c., *Transpl. Proc.* 2008, (1237) 1242.

¹⁴⁷ J.H. BARKER *et al.*, o.c., *Transplantation* 2002, (832) 834-835; J. AGICH, o.c., *Mt. Sinai J. Med.* 2003, (141) 144; T. HAUZT *et al.*, o.c., *Transpl. Proc.* 2011, (3504) 3505, 3506 en 3509.

¹⁴⁸ L. GAUM, *et al.*, o.c., *British Journal of Anaesthesia* 2012, (i43) i44.

¹⁴⁹ Er valt o.a. te denken aan de injectie van beenmerg of pancreaseilandjes en het ontbreken van de nood aan verbinding van de bloedvaten (anastomose). Zie: D. HOUSSIN, o.c. in P. MORRIS (ed.), *Regard éthique*, 2003, (21) 33; M.H. BEERS *et al.*, *Merck Manual*, 2005 (2^{de} ed.), 1087.

¹⁵⁰ Verslag HANQUET, *Parl. St. Senaat* 1984-85, nr. 832/2, 5; *Vr. en Antw. Kamer* 2010-11, 27 september 2010, 29 (Vr. nr. 73 D. DUCARME); Statistics report library, Kidney waiting list and transplants, by year - chart, <http://www.eurotransplant.org>.

¹⁵¹ Statistics report library, Waiting list and transplants, by year - chart, <http://www.eurotransplant.org> (cf. de aparte grafiek voor ieder type transplantatie).

¹⁵² Zie o.a.: G.G. PERSIJN en B. COHEN, "Self-sufficiency in Europe: Evaluation of Needs" in Y. ENGLERT (ed.), *Organ and Tissue Transplantation in the European Union: Management of Difficulties and Health Risks Linked to Donors*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, (157) 158; R. MATESANZ, "The Council of Europe and Organ Transplantation", *Transpl. Proc.* 1997, vol. 29, (3205) 3205; W. VAN REUSEL en P. SCHOTSMANS, "Hoe onoplosbaar is het tekort aan organen voor transplantatie?", *A. Hosp.* 2004, (59) 59-60; *Vr. en Antw. Kamer* 2003-04, 5 mei 2004, 5760 (Vr. nr. 175 J.-L. CRUCKE); NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS, *Human bodies: donation for medicine and research*, London, Nuffield Council on Bioethics, 2011, 95.

¹⁵³ Zie o.a.: A. CAPLAN *et al.*, *Trafficking in organs, tissues and cells and trafficking in human beings for the purpose of the removal of organs*, Joint Council of Europe/United Nations study, 2009, <http://www.coe.int>, 20 (figuur 3); A.-C. SQUIFFLET, o.c., *Ann. dr. Louvain* 2011, (357) 364-366; G.G. GARCIA, P. HARDEN en J. CHAPMAN, o.c., *Curr. Opin. Organ Transplant* 2012, (362) 364; C.O. CALLENDER, *et al.*, "Cultural Differences in Living Organ Donation: A Global Perspective" in R.W.G. GRUESSNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, New York, McGraw-Hill Medical, 2008, (6) 13.

¹⁵⁴ Zie o.a.: R. MATESANZ, o.c., *Transpl. Proc.* 1997, (3205) 3205.

samenspel van culturele, historische, sociale en organisatorische factoren.¹⁵⁵ In vergelijking met andere landen doet België het nog goed,¹⁵⁶ maar desondanks blijft het tekort problematisch.

27. De omvang van het orgaantekort in België kan het best geïllustreerd worden aan de hand van enkele cijfers. In 2005 waren er in België 296 orgaandonoren,¹⁵⁷ waarmee 771 orgaantransplantaties, waarvan ongeveer 390 niertransplantaties, konden worden uitgevoerd.¹⁵⁸ Het aantal transplantaties is logischerwijze groter in vergelijking met het aantal donoren omdat de meeste overleden donoren meerdere organen ten behoeve van verschillende patiënten kunnen opleveren ('multi-orgaanwegneming').¹⁵⁹ Op het einde van 2005 stonden er nog 1.293 Belgische patiënten geregistreerd op een wachtlijst voor orgaantransplantatie, waarvan de grote meerderheid voor een niertransplantatie (924).¹⁶⁰

Het aantal donoren is sindsdien enigszins gestegen. In 2012 konden 409 donoren worden gebruikt.¹⁶¹ Hiermee werden 1.014 orgaantransplantaties, waaronder ongeveer 520 niertransplantaties, uitgevoerd.¹⁶² Ondanks deze toename stonden er op het einde van 2012 nog altijd 1.138 Belgische patiënten registreerd op een wachtlijst voor orgaantransplantatie, waarvan 791 patiënten voor een niertransplantatie.¹⁶³ En sommige patiënten die nood hebben aan een transplantatie, worden niet eens op de wachtlijst gezet omdat hun kansen te laag worden ingeschat. Het orgaantekort is hierdoor in feite dus nog groter dan weergegeven in de statistieken.¹⁶⁴

Door het tekort moet een zieke patiënt voor de meeste organen gemiddeld iets meer dan een jaar wachten. Voor nieren bedraagt de wachttijd nu al 3,5 jaar.¹⁶⁵ De gezondheidstoestand van bepaalde patiënten gaat ondertussen sterk achteruit.¹⁶⁶ Niet iedereen kan tijdig geholpen worden. Jaarlijks sterven er in België gemiddeld 100 patiënten die wachten op een orgaan, vaak een lever.¹⁶⁷ Dit zijn dus ongeveer 2 sterfgevallen per week.

28. In tegenstelling tot organen wordt er zelden gesproken over een tekort aan weefsels voor transplantatie. Bovendien kan een persoon, zoals al gezegd, veel meer weefsels afstaan en wordt het aantal weefseltransplantaties in de praktijk zeer hoog geschat. Weefsels kunnen relatief lang bewaard worden en vertonen vaak minder immunologische problemen. Op het eerste gezicht kan dit alles de indruk wekken dat de voorraad weefsels ruim voldoende is.¹⁶⁸ Toch blijken er

¹⁵⁵ Mededeling van de Commissie - Orgaandonatie en transplantatie: beleidsmaatregelen op EU-niveau, COM(2007)275, <http://eur-lex.europa.eu>, 3.

¹⁵⁶ "Belgen staan meeste organen af ter wereld", *De Morgen* 13 januari 2008, 11; Vr. en Antw. Kamer 2010-11, 7 maart 2011, 28 (Vr. nr. 301 C. FONCK); "België wereldwijd koploper voor orgaandonatie", *De Morgen* 26 januari 2012, 1 (met 29,7 orgaandonoren per miljoen inwoners in 2012); "België blijft koploper orgaandonaties", 14 januari 2014, www.health.belgium.be (411 donoren in 2013).

¹⁵⁷ Statistics report library, Donors used in Belgium, by year, by donor type, <http://www.eurotransplant.org>.

¹⁵⁸ Statistics report library, Transplants in 2005, by country, by donor type, by organ combination, <http://www.eurotransplant.org>.

¹⁵⁹ Zie: B. VAN HAELEWIJCK, *Don d'organes. Don de tissus*, 2002, 85 en 92-95; M.H. BEERS *et al.*, *Merck Manual*, 2005 (2^{de} ed.), 1081-1082.

¹⁶⁰ Statistics report library, active waiting list (at year-end) in Belgium, by year, by organ combination, <http://www.eurotransplant.org>. Dit betekende een merkbare stijging in vergelijking met 2000. Zie: Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 51-2680/1, 5.

¹⁶¹ Statistics report library, Donors used in Belgium, by year, by donor type, <http://www.eurotransplant.org>.

¹⁶² Statistics report library, Transplants in 2012, by country, by donor type, by organ combination, <http://www.eurotransplant.org>.

¹⁶³ Statistics report library, active waiting list (at year-end) in Belgium, by year, by organ combination, <http://www.eurotransplant.org>.

¹⁶⁴ R. MATESANZ, *o.c.*, *Transpl. Proc.* 1997, (3205) 3205; S. MCLEAN, "Royaume-Uni: vers une révision du cadre juridique?" in P. MORRIS (ed.), *Regard éthique: Les transplantations*, Straatsburg, Raad van Europa, 2003, (161) 161; "Organ Donation and Transplantation Policy Options at EU Level. Consultation Document", <http://ec.europa.eu/health>, 6.

¹⁶⁵ Eurotransplant Annual Report 2012, <http://www.eurotransplant.org>, 53.

¹⁶⁶ A. CAPLAN *et al.*, *Trafficking in organs, tissues and cells and trafficking in human beings for the purpose of the removal of organs*, Joint Council of Europe/United Nations study, 2009, <http://www.coe.int>, 21.

¹⁶⁷ Statistics report library, Waiting list mortality in Belgium, by year, by organ, <http://www.eurotransplant.org>.

¹⁶⁸ Commission staff working document - Impact Assessment, SEC(2008) 2956, <http://eur-lex.europa.eu>, 81, voetnoot 77.

in België onvoldoende menselijke hoornvliezen te zijn en ook de voorraad huid zou ontoereikend zijn, mocht zich een ramp met veel patiënten met brandwonden voordoen.¹⁶⁹ De reden waarom dergelijke weefseltekorten amper belicht worden, kan wellicht gevonden worden in het niet-levensreddende karakter ervan.¹⁷⁰ Omdat orgaantransplantatie doorgaans wél levensreddend is en het orgaantekort gewoon ook grotere proporties aanneemt, krijgen inspanningen met betrekking tot de orgaanproblematiek als het ware voorrang. Dezelfde situatie lijkt te bestaan ten aanzien van samengestelde weefsels.¹⁷¹ Gelet op de moeilijkheid om een geschikte donor te vinden, zullen nochtans ook hier wachtlijsten kunnen ontstaan.¹⁷²

Ten aanzien van stamcellen bestaat er wel enige (media-)aandacht, omdat hierbij de compatibiliteit tussen donor en ontvanger heel goed moet zijn. Men wil dan ook dat zo veel mogelijk stamceldonoren zich registreren om zo de kans op een match te vergroten en de wachttijd te doen dalen.¹⁷³ Daarnaast bestaan er ook een campagnes om het tekort aan zaad- en eiceldonoren aan te pakken.¹⁷⁴ Voor leverceltransplantatie werd in de medische literatuur een tekort aan geschikte donorcellenesignaleerd, wat de verdere ontwikkeling van deze therapie belemmert. Dit lijkt weliswaar deels samen te hangen met het tekort aan kwaliteitsvolle donorlevers, aangezien deze als bron voor levercellen worden gebruikt.¹⁷⁵ Hetzelfde lijkt te gelden voor transplantatie van pancreascellen.¹⁷⁶

B. Alternatieven voor orgaandonatie

29. Als antwoord op het orgaantekort werden verschillende strategieën voorgesteld om de nood aan/de vraag naar menselijke organen en/of orgaantransplantatie te doen dalen. Het gaat met name om preventie (*infra* 1), xenotransplantatie (*infra* 2), kunstorganen (*infra* 3), reproductief klonen (*infra* 4) en regeneratieve geneeskunde (*infra* 5).

1. Preventie

30. Wegens het orgaantekort wordt het belangrijk geacht om naast orgaantransplantatie ook te investeren in *preventie* van de aandoeningen die transplantatie nodig maken.¹⁷⁷ Verschillende

¹⁶⁹ Vgl. o.a. ook: A.G. BERKHOUT en J.J.M. HAASE-KROMWIJK, o.c., *Medisch contact* 2001, nr. 24, <http://medischcontact.artsennet.nl> (wachttijd voor hartklep- en bottransplantatie in Nederland), waar blijkt dat bij rampen er zich meer huiddonoren aanmelden dankzij de media-aandacht; R.J. KAGAN, E.C. ROBB en R.T. PLESSINGER, "Human Skin Banking", *Clin. Lab. Med.* 2005, vol. 25, (587) 596 (huidtekort in VSA en Canada); E. GUMBLEY en J. PEARSON, o.c., *Nursing Standard* 2006, (51) 51; Human organ and tissue transplantation, Report by the Secretariat, EB123/5, 18 april 2008, <https://extranet.who.int>, nr. 3; L. GAUM, et al., o.c., *British Journal of Anaesthesia* 2012, (i43) i45 (tekort aan oogweefsels in het VK).

¹⁷⁰ Vgl. K. KNOBLOCH, et al., "Composite Tissue Allotransplantation (CTA): Organ- oder Gewebetransplantation?", *Handchir. Mikročir. Plast. Chir.* 2009, vol. 41, (205) 208.

¹⁷¹ J. AGICH, o.c., *Mt. Sinai J. Med.* 2003, (141) 142.

¹⁷² Zie al: G.O. HOFMANN et al., "Vascularized knee joint transplantation in man: a report on the first cases", *Transpl. Int.* 1998, vol. 11, (S487) S488; L. LANTIERI et al., o.c., *Am. J. Transpl.* 2011, (367) 375.

¹⁷³ Zie bv.: Brochure "Doe vandaag eens iets levensbelangrijks", www.stamceldonor.be.

¹⁷⁴ Zie: de campagne "Niet mijn zaad, helemaal mijn zoon - Niet mijn eikel, helemaal mijn dochter" op www.demaakbaremens.org; "Groot tekort: taboe rond sperma donatie moet verdwijnen", 24 juni 2014, www.demorgen.be.

¹⁷⁵ K. FUKUMITSU, H. YAGI en A. SOTO-GUTIERREZ, "Bioengineering in Organ Transplantation: Targeting the liver", *Transpl. Proc.* 2011, vol. 43, (2137) 2138; H. HODGSON en C. SELDEN, "Liver Cell Implants: A Long Road", *Liver transplantation* 2011, vol. 17, (99) 100.

¹⁷⁶ Statistics report library, Active pancreas waiting list (at year-end) in 2012, by country, by organ combination, <http://www.eurotransplant.org>; M.A. FRUTOS, P. RUIZ en J.J. MANSILLA, "Pancreas Donation for Islet Transplantation", *Transpl. Proc.* 2005, vol. 37, (1560) 1560.

¹⁷⁷ Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220-9, 7 (met het voorbeeld van overmatig geneesmiddelengebruik en met het argument dat preventieve geneeskunde goedkoper is dan curatieve geneeskunde); *Hand. Senaat* 1986-87, 29 januari 1987, 943; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 15; Human organ and tissue transplantation, Report by the Secretariat, EB123/5, 18 april 2008, <https://extranet.who.int>, nr. 15; Principe 1, Verklaring van Istanbul (2008), <http://www.declarationofistanbul.org>; The Madrid Resolution on Organ Donation and Transplantation, Newsletter Transplant 2011, www.ont.es, 60 en 68; A.-C. SQUIFFLET, o.c., *Ann. dr. Louvain* 2011, (357) 402-403.

aandoeningen die leiden tot een nood aan transplantatie (bv. diabetes, cardiovasculaire aandoeningen of kanker), gaan gepaard met risicofactoren die met een bepaald gedrag samenhangen (bv. ongezond dieet, onvoldoende beweging, roken, alcohol) en dus vermeden kunnen worden via aanpassing van het gedragspatroon.¹⁷⁸

Preventie is echter niet zo vanzelfsprekend. Zo wijst A.-C. Squifflet erop dat in België nationale, gecoördineerde en doeltreffende preventie-acties vooralsnog ontbreken en zelfs bemoeilijkt worden door de bevoegdheidsverdeling (orgaandonatie is een federale bevoegdheid; preventieve geneeskunde is een communautaire bevoegdheid). Ze pleit daarom voor een centralisatie van deze materie.¹⁷⁹ Maar zelfs dan is het niet zo gemakkelijk om ongezond gedrag te veranderen. Het verplichten van het aannemen van een ‘gezonde levensstijl’ wordt in principe immers beschouwd als een ontoelaatbare inbreuk op de persoonlijke vrijheid.¹⁸⁰

2. Xenotransplantatie

31. Er wordt al lange tijd onderzoek verricht naar het transplanteren van dierlijke organen in plaats van menselijke organen. Dergelijke transplantatie, waarbij donor en ontvanger tot een andere soort behoren, noemt men *xenotransplantatie* of soms ook hetero-, heterogene of heterologe transplantatie.¹⁸¹ Meer bepaald wordt gedacht aan het gebruik van (genetisch gemanipuleerde) varkens. Deze kunnen relatief snel gekweekt worden en zullen dus goed voorradig zijn, evenals minder logistieke en ethische problemen opleveren dan menselijke orgaandonatie.¹⁸²

Transplantatie van bepaalde dierlijke *weefsels* (bv. varkenshartkleppen, paardenpezen) is al enige tijd een klinische realiteit.¹⁸³ Transplantatie van dierlijke *organen* is daarentegen beperkt gebleven tot weinig succesvolle experimentele pogingen, zoals o.a. de ophefmakende implantatie van een bavianenhart in baby Fae in de Verenigde Staten midden jaren ‘80.¹⁸⁴

Transplantatie van dierlijke organen zal wellicht niet snel uitgroeien tot een volwaardig alternatief voor orgaantransplantatie. Dit komt onder meer door de sterke afstotingsreactie, het gebrek aan kennis over fysiologische compatibiliteit en het risico op ziekte-overdracht.¹⁸⁵ Het

(met het voorbeeld van diabetes); G.G. GARCIA, P. HARDEN en J. CHAPMAN, o.c., *Curr. Opin. Organ Transplant* 2012, (362) 365 (vroeg detectie- en preventieprogramma’s); HOUSE OF LORDS EUROPEAN UNION COMMITTEE, *Increasing the supply of donor organs within the European Union. Vol. I: Report*, 2008, www.publications.parliament.uk, 63 (met het voorbeeld van diabetes); E.B. BRODY, *Biomedical technology and human rights*, Aldershot, Dartmouth, 1993, 9; J.E.M. AKVELD, *Transplantatie en wetgeving: werkelijkheid en ideaal*, Lelystad, Vermande, 1987, 25-26.

¹⁷⁸ NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS, *Human bodies*, 2011, 100 en 198-190; A. GARWOOD-GOWERS, “Time to Address the Problem of Post-Mortem Procurement of Organs for Transplantation Occurring without Proper Pre-mortem Consent”, *EJHL* 2013, (383) 403.

¹⁷⁹ A.-C. SQUIFFLET, o.c., *Ann. dr. Louvain* 2011, (357) 403-404.

¹⁸⁰ Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2001-02, nr. 50-1642/001, 12, waar aldus het belang van gezondheidsvoorlichting en –opvoeding werd onderstreept.

¹⁸¹ A.A.F. JOCHEMS en F.W.M.G. JOOSTEN, *Coëlho*, 2009, 914 en 991. Xenotransplantatie betreft dus transplantatie tussen mens en dier, maar ook tussen verschillende diersoorten onderling (bv. aap-varken). Indien de xenotransplantatie plaatsvindt tussen verwante diersoorten, dan spreekt men van een *trans-species* transplantatie. De term ‘allotransplantatie’ is voorbehouden voor transplantatie tussen donor en ontvanger van dezelfde soort.

¹⁸² C. HAMMER, “Xenografting: Its Future Role in Clinical Organ Transplantation” in W. LAND en J.B. DOSSETOR (eds.), *Organ Replacement Therapy: Ethics, Justice and Commerce*, Berlijn/Heidelberg, Springer-Verlag, 1991, (512) 515; R. HOERBELT en J.C. MADSEN, “Feasibility of xeno-transplantation”, *Surg. Clin. N. Am.* 2004, vol. 84, (289) 298-291.

¹⁸³ *Vr. en Antw. Kamer* 1996-97, 13 januari 1997, 10153, *Vr. nr.* 280 H. BROUNS; B. EKSER *et al.*, “Clinical xenotransplantation: the next medical revolution?”, *The Lancet online* 2011, (1) 1; Advies van de Hoge gezondheidsraad nr. 9162 betreffende de gemeenschappelijke kwaliteitsnormen voor medische hulpmiddelen vervaardigd met gebruikmaking van weefsels van dierlijke oorsprong bestemd voor toepassing op de mens, 2014, <http://www.health.belgium.be>.

¹⁸⁴ A.S. DAAR, “Animal-to-human organ transplants – a solution or a new problem?”, *Bull. WHO* 1999, vol. 77, (54) 55.

¹⁸⁵ *Vr. en Antw. Kamer* 1996-97, 13 januari 1997, 10153, *Vr. nr.* 280 H. BROUNS; M. WAER, “Orgaantransplantatie: immunologische basis en toekomstperspectieven”, *T. Gen.* 1994, nr. 17, (1335) 1339-1340; C. HAMMER, “Xenotransplantation: The Good, The Bad,

is realistischer dat transplantatie van bepaalde dierlijke organen slechts zal worden ingezet als een *bridge to allotransplantation*, m.a.w. om het wachten op een menselijk orgaan te overbruggen.¹⁸⁶ Maar dit zou betekenen dat nog meer mensen in aanmerking zouden komen voor transplantatie, wat de vraag en dus de wachtlijsten zou doen groeien.¹⁸⁷

3. Kunstorganen

32. Ook de vervaardiging van allerlei mechanische, orgaanfunctievervangende apparaten, zogenaamde *kunstorganen* of artificiële organen, wordt al geruime tijd beschouwd als een mogelijke piste om het orgaantekort in te perken. Voorlopig bestaan er echter nog geen kunstorganen die orgaandonatie en -transplantatie volledig kunnen vervangen. Er zijn nog verschillende nadelen en ook is er onvoldoende kennis beschikbaar.

Voor nierinsufficiëntie bestaat al lang de dialyse, ook wel de kunstnier genoemd. Dit uitwendige apparaat kan via het circulerende bloed de afvalstoffen uit het lichaam halen.¹⁸⁸ Hierdoor kan een nierpatiënt jaren in leven worden gehouden.¹⁸⁹ Nierdialyse is echter duurder dan niertransplantatie en gaat gepaard met een veel lagere levenskwaliteit en minder goede overlevingskansen.¹⁹⁰ Voor het hart bestaan er gedeeltelijk geïmplanteerde ondersteuningssystemen (*left ventricular assist devices*). Ze kunnen de patiënt geruime tijd in leven houden om de wachttijd naar harttransplantatie te overbruggen of soms zelfs herstel bewerkstelligen, maar zijn duur en verhogen het risico op infectie.¹⁹¹ Volledig implanteerbare kunstharten bestaan ook, maar bevinden zich voorlopig nog in de experimentele fase.¹⁹² Voor de lever bestaan er leverdialyse en bio-artificiële levers (die gebruik maken van menselijke of dierlijke levercellen), maar ook deze evenaren nog niet de resultaten van levertransplantatie.¹⁹³

4. Reproductief klonen

33. Sinds het klonen van schaap Dolly in 1997 kan ook worden gedacht aan het reproductief klonen van mensen als een bron van transplanteerbare organen die bovendien geen

and the Ugly or How Far Are We to Clinical Application?", *Transpl. Proc.* 2003, vol. 35, (1256) 1256-1257; A. RAVELINGIEN *et al.* "Proceeding with clinical trials of animal to human organ transplantation: a way out of the dilemma", *J. Med. Ethics* 2004, vol. 30, (92) 92-93; B. EKSER *et al.*, *o.c.*, *The Lancet online* 2011, (1) 1-5; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, 12-13.

¹⁸⁶ Zie bv.: B. EKSER *et al.*, "Pig Liver Xenotransplantation as a Bridge to Allotransplantation: Which Patients Might Benefit?", *Transplantation* 2009, vol. 88, nr. 9, 1041-1049.

¹⁸⁷ A. RAVELINGIEN, "Will Xenotransplantation Enhance Equity? Some Points to Consider Regarding Health Care Costs" in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation: Ethical, Legal and Psychosocial Aspects. Towards a Common European Policy*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2008, (175) 176.

¹⁸⁸ G.G. PERSIJN, *o.c.* in V.G.H.J. KIRKELS (ed.), *Transplantatie en mensbeeld*, 1992, (11) 12; A.A.F. JOCHEMS en F.W.M.G. JOOSTEN, *Coelho*, 2009, 217, 383 en 489.

¹⁸⁹ Y. NOSÉ, "Is it True That 'Artificial Organ Development Is Over'?", *Artificial Organs* 2011, vol. 35, nr. 7, (679) 680.

¹⁹⁰ B. VAN HAELEWIJCK, *Don d'organes. Don de tissus*, 2002, 69-70; *Vr. en Antw. Kamer* 2004-05, 27 april 2005, 15.047 (Vr. nr. 457 J. VANDEURZEN); I. CLEEMPUT *et al.*, *Organisation and financing of chronic dialysis in Belgium*, Brussel, Federaal Kenniscentrum voor de Gezondheidszorg, 2010, i (<https://kce.fgov.be>); G.G. GARCIA, P. HARDEN en J. CHAPMAN, *o.c.*, *Curr. Opin. Organ Transplant* 2012, (362) 363.

¹⁹¹ J. LITMATHE *et al.*, "Mechanical Assist Devices as Bridging Systems to Transplantation: A Current Review, Possible Risks, and Perspectives", *Transpl. Proc.* 2004, vol. 36, (3123) 3123, 3125 en 3127; *Vr. en Antw. Kamer* 2006-07, 20 november 2006, 30.028 (Vr. nr. 546 K. BULTINCK); J. LAHPOR, "State of the art: implantable ventricular assist devices", *Curr. Opin. Organ Transpl.* 2009, vol. 14, 554-559; Y. NOSÉ *et al.*, "The Need to Change Our Objective for Artificial Heart Development: From Totally Implantable Permanent Ventricular Assist Devices to Wearable Therapeutic Ventricular Assist Devices", *Artificial Organs* 2010, vol. 34, nr. 12, (1069) 1070 en 1072; L.W. MILLER, M. GUGLIN en J. ROGERS, "Cost of Ventricular Assist Devices. Can We Afford The Progress?", *Circulation* 2012, vol. 127, 743-748.

¹⁹² M. CASCALHO en J.L. PLATT, *o.c.*, *Transpl. Proc.* 2006, (362) 363; "Vier Belgen krijgen een kunsthart", *De Standaard* 15 mei 2013.

¹⁹³ A. SGROI *et al.*, *o.c.*, *Transplantation* 2009, (457) 457-461 en 464; S.L. NYBERG, "Bridging the Gap: Advances in Artificial Liver Support" *Liver Transplantation* 2012, vol. 18, S10-S14

immunologische problemen zouden stellen.¹⁹⁴ Dit idee werd reeds op afschrikwekkende wijze vertolkt in de film *The Island* (2005).

Weliswaar wordt dergelijke praktijk beperkt door maatschappelijke grenzen. Zo is het reproductief menselijk klonen (d.i. het voortbrengen van één of meerdere menselijke individuen wier genen identiek zijn met die van het organisme van waaruit het kloneren werd gerealiseerd) expliciet wettelijk verboden in België na een advies van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, dat wees op de wetenschappelijke, technische en ethische onzekerheid hieromtrent.¹⁹⁵ Dit verbod steunt op een ruime Europese consensus die dergelijke instrumentalisering beschouwt als een schending van de menselijke waardigheid.¹⁹⁶

5. Regeneratieve geneeskunde

34. Ten slotte zouden er in de toekomst ook alternatieven voor orgaantransplantatie kunnen voortvloeien uit enkele recente ontwikkelingen binnen de regeneratieve geneeskunde. Deze tak van de medische wetenschap omvat de verschillende methoden waarbij cellen worden aangewend om menselijke cellen, weefsels en organen te vervangen of te laten regenereren met het oog op functieherstel.¹⁹⁷

Enerzijds zou de regeneratie van organen *in vivo* kunnen plaatsvinden. Zo zou bv. de injectie van stamcellen het potentieel vertonen om beschadigd hartweefsel te herstellen en zo harttransplantatie te vermijden.¹⁹⁸ Ook voor andere organen wordt dergelijk gebruik van stamcellen als alternatief voor orgaantransplantatie onderzocht.¹⁹⁹ Anderzijds zou het orgaantekort ook kunnen worden opgevangen door *ex vivo* cellen te planten op een synthetische of biologische steunvorm en zo implanteerbare organen te maken (*tissue/organ engineering*).²⁰⁰ Zo werd bv. al een trachea geproduceerd (én getransplanteerd) door een donortrachea te ontdoen van alle cellen en de resterende vorm vervolgens te bedekken met de eigen cellen van de patiënt, wat ook immunologisch minder problemen oplevert.²⁰¹

¹⁹⁴ Advies nr. 10 van 14 juni 1999 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek i.v.m. het reproductieve menselijk klonen, <http://www.health.belgium.be>, 18, 21 en 34; J. SAVULESCU, "Should we clone human beings? Cloning as a source of tissue for transplantation", *J. Med. Ethics* 1999, vol. 25, 87-95. In die lijn werd ook al gedacht aan 'therapeutisch kloneren van organen' i.p.v. gehele personen door stamcellen te oogsten van een gekloneerd embryo en deze te gebruiken voor het maken van organen. De technologie hiervoor bestaat echter nog niet. Zie: M. CASCALHO, *et al.*, "Organogenesis and Cloning" in R.W.G. GRUESSNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, New York, McGraw-Hill Medical, 2008, (769) 771; L. NEAL, "Organ Donation, Therapeutic Cloning, and Laws of the States", *Syracuse Sci. & Tech. L. Rep.* 2012, (80) 98-100; A. PASCALEV *et al.*, "Ethical Analysis of the Arguments for and against Living Organ Donation" in F. AMBAGTSHEER en W. WEIMAR (eds.), *The EU LOD Project. Living Organ Donation in Europe. Results and Recommendations*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2013, (53) 65.

¹⁹⁵ Art. 2, 7° en art. 6 Wet van 11 mei 2003 betreffende onderzoek op embryo's in vitro, BS 28 mei 2008; Advies nr. 10 van 14 juni 1999 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek i.v.m. het reproductieve menselijk klonen, <http://www.health.belgium.be>, 5.

¹⁹⁶ Preamble Aanvullend protocol bij het verdrag voor mensenrechten en biogeneeskunde met betrekking tot het verbod op het kloneren van menselijke wezens, Parijs, 1 januari 1998, <http://www.conventions.coe.int>. Zie ook: art. 3, lid 2, d HGEU.

¹⁹⁷ C. MASON en P. DUNNILL, "A brief definition of regenerative medicine", *Regen. Med.* 2008, vol. 3, (1) 1 en 4; G. ORLANDO *et al.*, "Regenerative Medicine Applied to Solid Organ Transplantation: Where Do We Stand?", *Transpl. Proc.* 2010, vol. 42, (1011) 1011.

¹⁹⁸ A.A. KOCHER *et al.*, *o.c.*, *Transpl. Int.* 2007, (731) 731-732; S. MANSOUR *et al.*, "Stem Cell Therapy for the Broken Heart: Mini-Organ Transplantation", *Transpl. Proc.* 2009, vol. 41, (3353) -3353-3354 en 3356.

¹⁹⁹ Zie bv. G. ORLANDO *et al.*, "Regenerative Medicine as applied to solid organ transplantation: current status and future challenges", *Transpl. Int.* 2011, vol. 24, (223) 224 en 225-226 (lever en pancreas).

²⁰⁰ Opinion of 1 October 2001 of the Scientific Committee on Medicinal Products and Medical Devices on the State of the Art Concerning Tissue Engineering, http://ec.europa.eu/food/fs/sc/scmp/out37_en.pdf, 2-3; D. HOUSSIN, *o.c.* in P. MORRIS (ed.), *Regard éthique*, 2003, (21) 37; G. ORLANDO *et al.*, "Regenerative Medicine and Organ Transplantation: Past, Present, and Future", *Transplantation* 2011, vol. 91, (1310) 1312.

²⁰¹ S. BAIGUERA, M.A. BIRCHALL en P. MACCHIARINI, "Tissue-Engineered Tracheal Transplantation", *Transplantation* 2010, vol. 89, (485) 485; P.R. DELAERE "Stem-cell-based, tissue engineered tracheal replacement in a child", *The Lancet* 2013, vol. 381, 113.

Voorlopig blijven deze technieken echter experimenteel en vertonen ze nog verschillende problemen, zoals o.a. een tekort aan functionele cellen, het richten van de celgroei, het vinden van een geschikte steunvorm en hoge kosten.²⁰² Nóg meer veraf ligt het concept van 3D-printen van organen met cellen.²⁰³ Binnen de Europese Unie beoogt men alleszins het onderzoek in dergelijke nieuwe technologieën te bevorderen.²⁰⁴

C. De toekomst van orgaandonatie

35. Het voorgaande leidt tot het besluit dat de transplantatiegeneeskunde voorlopig sterk afhankelijk blijft van orgaandonoren en van strategieën die het aanbod van menselijke organen verhogen. Dit veronderstelt dat het huidige aantal donoren lager ligt dan het aantal potentiële donoren.²⁰⁵ Er moet m.a.w. marge voor verbetering zijn. In 2003 werd in opdracht van de Nederlandse overheid door NIVEL een studie uitgevoerd naar het donorpotentieel binnen Nederland en 9 andere West-Europese landen, waaronder België. Het donorpotentieel werd hierbij gedefinieerd als het aantal mensen dat overlijdt aan een specifieke doodsoorzaak waardoor organen in principe in aanmerking komen voor transplantatie.²⁰⁶

Zoals uit de definitie blijkt, beperkte deze studie zich tot overleden donoren. De groep levende donoren werd niet in aanmerking genomen. Nochtans zijn levende donoren evenzeer donoren die ontvangers van de wachtlijst kunnen halen. In feite zou het donorpotentieel dan ook beter ruimer omschreven kunnen worden als de groep mensen die geen *medische* contra-indicaties vertonen om hypothetisch als donor op te treden. Zo krijgt men een beeld van het maximaal aantal donoren in een land.

36. Voor België werden over het donorpotentieel helaas geen recente cijfers of berekeningen gevonden. In 2003 werd in de Nederlandse NIVEL-studie het donorpotentieel van België wat betreft de hersendode donoren berekend op 350 donoren per miljoen inwoners.²⁰⁷ In 2006 schatte de wetgever dat België aan 400 donoren per jaar zou moeten geraken.²⁰⁸ In 2012 werden nog maar 320 overleden donoren gebruikt (iets meer dan 400 met levende donoren erbij), waarmee 925 transplantaties (1014 met levende donoren erbij) werden uitgevoerd.²⁰⁹ Verbetering is dus nog steeds mogelijk.²¹⁰

²⁰² Zie o.a.: H.M. AEJAZ *et al.*, o.c., *Transpl. Proc.* 2007, (694) 698; G. ORLANDO *et al.*, o.c., *Transpl. Proc.* 2010, (1011) 1012-1013; K. FUKUMITSU, H. YAGI en A. SOTO-GUTIERREZ, o.c., *Transpl. Proc.* 2011, (2137) 2138; H.C. CALDAS, A.P.C. HAYASHI en M. ABBUD-FILHO, "Repairing the Chronic Damaged Kidney: The Role of Regenerative Medicine", *Transpl. Proc.* 2011, vol. 43, (3573) 3575; J.J. SONG en H.C. OTT, "Bioartificial Lung Engineering", *Am. J. Transpl.* 2012, vol. 12, (283) 285-287; J.A. KOBASHIGAWA, "The Future of Heart Transplantation", *Am. J. Transpl.* 2012, vol. 12, (2875) 2885.

²⁰³ V. MIRONOV, V. KASYANOV en R.R. MARKWALD, "Organ printing: from bioprinter to organ biofabrication line", *Current Opinion in Biotechnology* 2011, vol. 22, (667) 667; S. PONDROM, "3D Printing in Transplantation", *Am. J. Transpl.* 2016, vol. 16, (5) 1339-1340.

²⁰⁴ Resolutie van het Europees Parlement van 22 april 2008 over orgaandonatie en –transplantatie: beleidsmaatregelen op EU-niveau (2007/2210(INI)), *Pb. C.* 29 oktober 2009, afl. 259, 5.

²⁰⁵ Vgl. H. RIGTER en M.A. BOS, o.c., *Health Policy* 1990, (133) 141; W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties: oorzaken en oplossingen in juridisch perspectief*, Arnhem, Gouda Quint, 1992, 69 e.v.; E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen. De praktijk van postmortale orgaandonatie: een kritische beschouwing*, Utrecht, Van der Wees, 1999, 305.

²⁰⁶ R. COPPEN, R.L. MARQUET en R.D. FRIELE, *Het donorpotentieel. Een vergelijking van het donorpotentieel in Nederland en 9 andere West-Europese landen*, Utrecht, NIVEL, 2003, 12. Zie ook: European Directorate for the Quality of Medicines and HealthCare, "Organ Shortage: Current Status and Strategies for the Improvement of Organ Donation – A European Consensus Document", 2003, <http://www.edqm.eu/glossary>.

²⁰⁷ R. COPPEN, R.L. MARQUET en R.D. FRIELE, *Het donorpotentieel*, 2003, 36, fig. 5.5. Zie evenwel kritisch: E.J.O. KOMPANJE, "Nederland is goed in donorpreventie. Kritische kanttekening bij onderzoek naar donorpotentieel", *Medisch Contact* 2003, nr. 32/33.

²⁰⁸ Memorie van toelichting bij het wetsontwerp tot wijziging van de wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, *Parl. St. Kamer* 2005-06, nr. 51-2680/1, 5.

²⁰⁹ Statistics report library, Donors used in 2012, by donor country, by donor type, <http://www.eurotransplant.org/en> Statistics report library, Transplant in 2012, by donor country, by donor type, by organ combination, <http://www.eurotransplant.org>.

²¹⁰ Zie ook al: J. DE MEESTER, "Wachten op een niertransplantatie – Deel 1", *Orpadt forum*, jaargang 3, 5.

Maar gelet op deze cijfers en op de hoge wachtlijstcijfers lijkt het volledig wegwerken van het orgaantekort middels orgaandonatie niet direct haalbaar.²¹¹ Het verbaast dus niet dat sommigen zich al hebben afgevraagd of het orgaantekort geen blijvend en onoplosbaar probleem zal zijn.²¹² Zo ja, dan zou enkel de verdere ontwikkeling van de bovenstaande alternatieven in de (verre) toekomst soelaas kunnen bieden.

Hoofdstuk II. Juridische situering

Afdeling 1. Onderzoeksvraag

37. De centrale onderzoeksvraag van dit proefschrift luidt:

Kan het Belgisch juridisch kader voor orgaantransplantatie verbeterd worden?

Hierna zal eerst kort worden ingegaan op de totstandkoming van dit juridisch kader. Vervolgens wordt de onderzoeksvraag verfijnd tot enkele concretere aandachtspunten.

38. In België is de federale overheid steeds bevoegd gebleven voor het uitvaardigen van wetgeving over de uitoefening van de geneeskunde, inclusief orgaantransplantatie, en voor de organisatie van de verplegingsinrichtingen, inclusief erkenningsnormen voor transplantatiecentra.²¹³ Wetgeving is doorgaans een reactie op een (steeds evoluerende) maatschappelijke realiteit. De waarde van wetgeving bestaat onder meer in het beslechten van maatschappelijke discussies om zo het welzijn van de samenleving te vergroten.²¹⁴ Maar hoe dit welzijn het best kan worden behartigd, is niet steeds duidelijk. Enige tussenperiode tussen het ontstaan van dergelijk sociaal gegeven en de juridische behandeling ervan is daarom nodig om uit te zoeken welke beleidskeuze de beste is.²¹⁵ Dit geldt *a fortiori* voor emotioneel geladen en technisch ingewikkelde materies, zoals orgaantransplantatie.²¹⁶ Als vuistregel kan dan ook worden aangenomen dat het voor specifieke bio-ethische kwesties niet steeds is aangewezen om regelgevend op te treden wanneer de evolutie op medisch en/of maatschappelijk niveau volop aan de gang is.²¹⁷ Zodra het gebrek aan regels echter tot onhoudbare onzekerheid en/of misbruik dreigt te leiden, kan een beleidskeuze niettemin gerechtvaardigd zijn.²¹⁸

Met betrekking tot orgaantransplantatie bestond er aanvankelijk bij gebrek aan specifieke regelgeving heel wat rechtsonzekerheid over het juridisch statuut van organen en met name over de voorwaarden waaronder organen bij een overleden, dan wel een levende

²¹¹ Vgl. M. CASCALHO en J.L. PLATT, *o.c.*, *Transpl. Proc.* 2006, (362) 362.

²¹² RATHENAU INSTITUUT, *Tekort aan donororganen nauwelijks oplosbaar*, Den Haag, Rathenau uitgave, 2002, 1; W. VAN REUSEL en P. SCHOTSMANS, *o.c.*, *A. Hosp.* 2004, (59) 61, die daarbij het belang van preventie aanhalen.

²¹³ Art. 5, § 1, I Bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, *BS* 15 augustus 1980 (verkort: BWHI). Zie ook: *Memorie van Toelichting, Parl. St. Kamer* 2011-12, nr. 53-2158/001, 11-12. Zie in het algemeen: S. CALLENS en K. CIERKENS, "Juridische bevoegdheid inzake gezondheidszorg" in S. CALLENS en J. PEERS (eds.), *Organisatie van de gezondheidszorg*, Antwerpen, Intersentia, 2008, (223) 280 e.v. Zie daarentegen: art. 128 GW en art. 5 BWHI, waaruit volgt dat een deel van de regelgevende bevoegdheid voor het gezondheidsbeleid toebedeeld aan de gemeenschappen.

²¹⁴ Vgl. ook: A. CAPLAN *et al.*, *Trafficking in organs, tissues and cells and trafficking in human beings for the purpose of the removal of organs*, Joint Council of Europe/United Nations study, 2009, <http://www.coe.int>, 47; Preamble Declaration of Istanbul (2008).

²¹⁵ L. BOSMAN en M.L. LEROY-SWAANS, "Implications juridiques et morales des prélèvements et greffes d'organes", *Rev. Méd. Liège* 1968, (588) 609.

²¹⁶ Vgl. ook: P. SCHOTSMANS, *Handboek medisch ethiek*, Leuven, LannooCampus, 2008, 161.

²¹⁷ B. SLUYTERS, "Juridische aspecten" in J.M. GREEP (ed.), *Orgaantransplantatie*, Leiden, Stafleu, 1970, (361) 364; G. DWORKIN, "The law relating to organ transplantation in England", *Mod. L. Rev.* 1970, vol. 33, (351) 363.

²¹⁸ A. DE KOEKELAERE, "Geneeskunde, Bio-ethiek en recht", *RW* 1993-94, (481) 491.

persoon mochten worden weggenomen voor transplantatie.²¹⁹ Men kon zich slechts baseren op enkele algemene rechtsregels en medisch-deontologische principes.²²⁰ Bijgevolg kan worden gesteld dat er toch wel nood was aan een duidelijke wettelijke afbakening van de voorwaarden inzake orgaanwegname en -transplantatie.²²¹ Een specifieke Belgische wetgeving over orgaantransplantatie is er uiteindelijk gekomen met de wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen²²² (verkort: Orgaantransplantatiewet).²²³ Deze wet werd bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad op 14 februari 1987, waarna ze conform de algemene regel²²⁴ 10 dagen later in werking is getreden. Tot op heden vormt de Orgaantransplantatiewet samen met verschillende uitvoeringsbesluiten het voornaamste rechtsinstrument inzake orgaantransplantatie in België.

39. Er bestaat nu wel specifieke wetgeving voor orgaantransplantatie, toch moet m.i. nog steeds de vraag worden gesteld of dit wel een adequaat juridisch kader vormt, dan wel verbetering behoeft. Deze vraag kent verschillende facetten.

Allereerst moet worden opgemerkt dat het gezondheidsrecht ten tijde van de totstandkoming van de Orgaantransplantatiewet in 1986 helemaal nog niet zo sterk ontwikkeld was zoals nu. Sommigen gaven destijds dan ook de kritiek dat deze wet nog onvoldoende was ingebed in een fundamenteel basiskader.²²⁵ Daarom zal in dit proefschrift bij de analyse van ieder thema telkens eerst worden afgevraagd op welke algemene juridische grondslagen en achterliggende beleidsdoelstellingen er kan worden teruggevallen. Deze grondslagen en doelstellingen bevatten immers de cruciale waardeoordelen waarmee kan worden bepaald of een aanpassing van het juridisch kader normatief kan worden beschouwd als een ‘verbetering’.

Verder is het duidelijk dat de medische wetenschap, alsook de maatschappij sinds de jaren ‘80 aanzienlijk geëvolueerd is. Dit heeft ertoe geleid dat sommige bepalingen van de Orgaantransplantatiewet gewijzigd zijn of nieuw zijn toegevoegd. Daarentegen moet worden vastgesteld dat andere wetsbepalingen sindsdien ongewijzigd zijn gebleven. Telkens kan daarbij worden afgevraagd of deze bepalingen wel aangepast zijn aan de huidige medische kennis en praktijk en of ze stroken met de algemene juridische grondslagen en beleidsdoelstellingen.

²¹⁹ T. VANSWEEVELT, “Art. 1 Orgaantransplantatiewet” in *Comm. Pers.*, 2007, currens, 3-4.

²²⁰ Voor een overzicht: J. VANDE MOORTELE, “Het wegnemen en transplanteren van organen volgens de Belgische wet”, *VI. T. Gez.* 1988-89, (318) 318.

²²¹ Zie reeds: J. MATTHIJS, “Bedenkingen ten behoeve van een transplantatiewet”, *RW* 1971, (161) 168, die hierover al een grondige reflectie had uitgevoerd; G. BRICMONT, “Les problèmes juridiques posés par les prélèvements d’organes sur le cadavre de l’homme”, *JT* 1971, (145) 145; J.P. MERRILL, “Statement of the Committee on Morals and Ethics of the Transplantation Society”, *Ann. Internal Med.* 1971, vol. 75, (631) 633.

²²² *BS* 14 februari 1987, err. *BS* 26 februari 1987.

²²³ Enkele jaren na de eerste succesvolle orgaantransplantatie kwam er al wel de wet van 7 februari 1961 betreffende de therapeutische bestanddelen van menselijke oorsprong (*BS* 22 mei 1964; nu opgeheven door art. 23 van de wet van 5 juli 1994 betreffende bloed en bloederivaten van menselijke oorsprong, *BS* 8 oktober 1994). Deze wet was van toepassing op organen maar niet op transfusies/overentingen die, zoals bij orgaantransplantatie, meteen na wegneming worden gebruikt (‘extempore’ transfusies of overentingen; art. 1). Sinds eind jaren ‘60 werden verschillende pogingen ondernomen om een specifieke orgaantransplantatiewet uit te vaardigen: wetsvoorstel van 16 januari 1969 betreffende het wegnemen van organen *post mortem*, *Parl. St.* Kamer 1968-69, nr. 248-1; wetsvoorstel van 30 januari 1975 betreffende het wegnemen van organen *post mortem*, *Parl. St.* Senaat 1974-75, nr. 522-1; wetsontwerp van 27 februari 1981 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen en weefsels, *Parl. St.* Kamer 1980-81, nr. 774-1, nr. 774-2 en nr. 774-3; wetsontwerp van 21 februari 1985 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 832-1. Dit laatste ontwerp leidde uiteindelijk tot een eerste versie van de Orgaantransplantatiewet.

²²⁴ Zie art. 4 en 6 wet van 31 mei 1961 betreffende het gebruik der talen in wetgevingszaken, het opmaken, bekendmaken en inwerkingtreden van wetten en verordeningen, *BS* 21 juni 1961.

²²⁵ Vgl. K. SCHUTYSER, “Enkele juridische opmerkingen” in L. APOSTEL, P. DEVROEY en H. CAMMAER (eds.), *Beschikken over lijf en leven. Ethische vragen rond vrijheid en geborgenheid*, Leuven, Acco, 1987, (85) 86-87. Zie ook: *Hand.* Kamer 1985-86, 3 juni 1986, 1208-1209, waar wordt gesproken over een ‘losstaand initiatief’ zonder algemeen platform; A. TERFVE, “Le corps humain et les actes juridiques en droit belge” in *Le corps humain et le droit. Travaux de l’Association Henri Capitant*, t. XXVI, Dalloz, 1977, (191) 200.

Ten slotte zijn er ook aspecten die niet of althans niet uitdrukkelijk juridisch geregeld zijn. Er kan worden afgevraagd in hoeverre dit een gemis is. Hierbij moeten zowel de nadelen als de voordelen van wetgeving steeds goed voor ogen worden gehouden. Enerzijds kan wetgeving zeer duidelijk en gemakkelijk hanteerbaar zijn, maar dit vereist dan vaak een veeleer strakke, gedetailleerde formulering. Dit kan niet steeds tot de meest rechtvaardige resultaten leiden. Zo laat dergelijke formulering weinig manoeuvreerruimte over,²²⁶ wat kan leiden tot belemmering van de geneeskunde of zelfs verdrijving naar de clandestiniteit.²²⁷ Wetgeving kan immers niet worden aangepast met dezelfde snelheid waarmee de maatschappij en de (transplantatie)geneeskunde kan evolueren.²²⁸ Vooral voor wetsbepalingen die verband houden met de stand van de wetenschap, is dit een argument om veeleer algemenere bewoordingen te gebruiken.²²⁹ Bovendien mag de wetgever zich op puur medisch vlak niet te competent achten, maar moet hij veeleer vertrouwen op de wetenschap en het gewetensvolle oordeel van de zorgverstrekkers.²³⁰ Dit pleit veeleer voor een zekere mate van zelfregulering door de transplantatieprofessionals met achteraf de mogelijkheid tot rechterlijke controle. Anderzijds laten ruime, open formuleringen artsen en rechters dan wel toe om meer flexibiliteit aan de dag te leggen, maar te vage bepalingen kunnen echter al gauw leiden tot rechtsonzekerheid.²³¹ De besluitvorming van artsen en rechters is dan vatbaarder voor willekeur en zou zelfs kunnen neerkomen op maatschappelijke keuzes die veeleer de taak zijn van de wetgever, als vertegenwoordiger van de bevolking, na openbare, parlementaire debatten.²³² Vanzelfsprekend is de vooruitgang van orgaantransplantatie hier evenmin mee gediend. Er moet dus steeds gezocht worden naar een evenwicht tussen gedetailleerde wetgeving en flexibiliteit binnen een soms onvoorspelbare praktijk.²³³ Deze overweging moet steeds in het achterhoofd worden gehouden bij de evaluatie van de Orgaantransplantatiewet.

Afdeling 2. Onderzoeksmethode

40. Orgaantransplantatie is een populair onderzoeksdomein voor allerlei niet-medische disciplines. Dit komt scherp tot uiting in het volgende citaat van M. Brazier en J. Harris: *“Philosophers, lawyers and social scientists have had a field day generating literally thousands of books, as well as learned and less learned papers. Could their words be transformed into organs for transplant, the gap between supply and demand would narrow, and lives would be saved”*.²³⁴ Het is duidelijk onmogelijk om alles wat ooit is geschreven over orgaantransplantatie te incorporeren in het voorliggende onderzoek. Er zal hier dan ook een zo ruim en relevant

²²⁶ Zie ook: D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 19.

²²⁷ Vgl. S. OSCHINSKY en Y. OSCHINSKY, “La convention pour la protection des droits de l’homme et de la dignité de l’être humain à l’égard des applications de la biologie et de la médecine: Convention sur les Droits de l’Homme et la Biomédecine (Conseil de l’Europe)”, *JT* 1997, (465) 471.

²²⁸ Zie ook: B. SLUYTERS, o.c. in J.M. GREEP (ed.), *Orgaantransplantatie*, 1970, (361) 363.

²²⁹ Vgl. H.D.C. ROSCAM ABBING, “A Council of Europe Protocol on Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin”, *EJHL* 2002, vol. 9, (63) 64.

²³⁰ Vgl. L. BOSMAN en M.L. LEROY-SWAANS, o.c., *Rev. Méd. Liège* 1968, (588) 609, die wijzen op de nood aan “une juste distribution des compétences et de responsabilités”.

²³¹ B. SLUYTERS, o.c. in J.M. GREEP (ed.), *Orgaantransplantatie*, 1970, (361) 363-364.

²³² Vgl. S. SOTTIAUX, “De rechtvaardigingsgronden in het federale discriminatierecht” in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten*, Brugge, die Keure, 2008, (227) 230-235.

²³³ Vgl. L. BOSMAN en M.L. LEROY-SWAANS, o.c., *Rev. Méd. Liège* 1968, (588) 609; A. TERFVE, o.c. in *Le corps humain et le droit. Travaux de l’Association Henri Capitant*, t. XXVI, Dalloz, 1977, (191) 200, die reeds waarschuwde voor de risico’s van te gedetailleerde regels, namelijk het verlammen van de geneeskunde.

²³⁴ M. BRAZIER en J. HARRIS, “Does ethical controversy cost lives?” in A.-M. FARRELL, D. PRICE en M. QUIGLEY (eds.), *Organ shortage: ethics, law, and pragmatism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, (15) 16.

mogelijke selectie worden gemaakt in functie van de onderzoeksvraag. Daarbij moet rekening worden gehouden met zowel de nationale als de supra- en internationale dimensie van het recht.

§ 1. NATIONALE DIMENSIE

A. *Uitgangspunt*

41. Zoals al mocht blijken uit de centrale onderzoeksvraag vormt het Belgische recht het uitgangspunt van dit onderzoek. De aandacht gaat in de eerste plaats dan ook uit naar de drie voornaamste Belgische rechtsbronnen, nl. de regelgeving, de rechtspraak en de rechtsleer. Uiteraard omvat dit een complete analyse van de rechtsbronnen die specifiek handelen over orgaantransplantatie. Dit zal bovendien worden gekaderd binnen de relevante rechtsbronnen aangaande het gezondheidsrecht, waarvan het recht omtrent orgaantransplantatie een onderdeel is.

Zich beperken tot de gezondheidsrechtelijke discipline volstaat echter niet. Er is een *intradisciplinaire* aanpak nodig. Dit wil zeggen dat er aanvullend ook een beroep zal worden gedaan op de regels en principes uit andere rechtstakken, zoals met name het personenrecht, het strafrecht, het aansprakelijkheidsrecht, het sociale zekerheidsrecht, het vermogensrecht en het verbintenissenrecht. Het recht is immers één geheel.

B. *Rechtsvergelijking*

42. Het Belgische recht blijkt echter al gauw ontoereikend om een evenwichtige, kritische en volledige studie over de vele aspecten van orgaantransplantatie uit te voeren. Daarom zal een vergelijking worden gemaakt met buitenlandse rechtsstelsels. Dit zal op functionele wijze gebeuren. Er zal namelijk gezocht worden naar buitenlandse rechtsoplossingen voor gelijkaardige problemen voor zover dit relevant kan zijn voor de verbetering van het Belgische recht.

Orgaantransplantatie wordt weliswaar in vrijwel alle Europese en Noord-Amerikaanse landen, in de meeste Zuid-Amerikaanse en Midden-Oosterse landen, in verschillende Aziatische landen en ook in enkele Afrikaanse landen uitgevoerd.²³⁵ Het is niet haalbaar om in het raam van dit proefschrift een rechtsvergelijkende studie met betrekking tot elk van deze landen uit te voeren. Een doordachte selectie dringt zich op. Logischerwijze moet de voorkeur worden gegeven aan landen die grotendeels vergelijkbaar zijn met België zowel qua niveau van ontwikkeling inzake recht en gezondheidszorg (in het bijzonder orgaantransplantatie) als qua algemene cultuur. Bijgevolg werd geopteerd voor de volgende vier westerse landen.

43. Allereerst zal worden vergeleken met het Nederlandse recht. Dit rechtstelsel wordt beschouwd als een voorbeeldland op het vlak van gezondheidsrecht. Het is met name interessant omdat Nederland samenwerkt met België op het vlak van de verdeling van organen (via Eurotransplant)²³⁶ en bovendien veel ervaring heeft met levende donoren. Voorts kent dit land enkele fervente tegenstanders van het toestemmingssysteem voor overleden donoren dat in België geldt. Orgaantransplantatie werd in Nederland voornamelijk geregeld via de wet van

²³⁵ D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 8.

²³⁶ Zie *infra* Deel III, Hoofdstuk II, afd. 1, § 5.

24 mei 1996 houdende regelen omtrent het ter beschikking stellen van organen²³⁷ (verkort: Wet op de Orgaandonatie of WOD).

44. Vervolgens zal ook gekeken worden naar het Franse rechtstelsel. Frankrijk is in het algemeen interessant omdat het net als België grotendeels afhankelijk is van overleden donoren en veel ervaring heeft met problemen inzake de kwaliteit- en veiligheid van lichaamsmateriaal. Bovendien was de Belgische Orgaantransplantatiewet deels geïnspireerd op de Franse transplantatiewet uit 1976 (de zgn. wet *Caillavet*) die tot stand was gekomen op basis van een gelijkaardig wetsvoorstel.²³⁸ De Franse regelgeving is ondertussen reeds verschillende malen gewijzigd en de bepalingen over organen zijn nu terug te vinden in de *Code de la santé publique*.²³⁹

45. Ook zal inspiratie gezocht worden in het recht van het Verenigd Koninkrijk. Net zoals Nederland is dit land in het algemeen interessant wegens zijn ervaring met levende donoren en de tegenkanting tegen het Belgische toestemmingssysteem aangaande overleden donoren. Bovendien werd in het Verenigd Koninkrijk al veel meer aandacht besteed aan de ethisch-juridische problemen inzake orgaanallocatie. Aanvankelijk werd het gebruik van organen er geregeld via de *Human Tissue Act 1961* en vervolgens de *Human Organ Transplants Act 1989*. Beide wetten werden ondertussen opgeheven en vervangen door de huidige *Human Tissue Act 2004*.²⁴⁰

46. Verder zal nog vergeleken worden met het recht van de Verenigde Staten. Ook dit land is in het algemeen interessant voor de ervaring met levende donoren, voor de aanzienlijke discussie omtrent het toestemmingssysteem voor overleden donoren alsook de opvattingen omtrent orgaanallocatie, die net zoals in België en Nederland berust op samenwerking binnen een uitgestrekte regio. Op federaal niveau kwam hier in 1984 de *National Organ Transplant Act* (NOTA) tot stand.²⁴¹ Deze wet is rechtstreeks bindend voor de staten. Voor het statelijke niveau bracht de *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* (NCCUSL) in 1968 een eerste versie van de *Uniform Anatomical Gift Act* (verkort: UAGA) tot stand. Deze bevatte een regeling voor (enkel) orgaandonatie na overlijden. Het betreft echter geen bindende wetgeving, maar slechts een voorstel of ‘modelwet’, bedoeld om te worden aangenomen in de verschillende staten met het oog op juridische eenheid. Een tweede en derde versie van de UAGA kwamen er respectievelijk in 1987 en 2006. Vandaag beschikken zo goed als alle staten over wetgeving die gebaseerd is op de UAGA van 2006.²⁴² Daarom zal in dit proefschrift hoofdzakelijk naar de UAGA 2006 gerefereerd worden.

47. Tot slot zal sporadisch ook met andere landen vergeleken worden. De reden daarvoor is dat deze landen unieke kenmerken of op een specifiek punt toonaangevend zijn, zodat hun betrokkenheid bij dit onderzoek zeer leerrijk kan zijn. Het gaat onder meer over Spanje, Iran en Singapore.

²³⁷ *Stb.* 1996, 370. Online te raadplegen via: <http://wetten.overheid.nl>.

²³⁸ Loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes, *J.O.* 23 décembre 1976.

²³⁹ Online te raadplegen via: www.legifrance.gouv.fr.

²⁴⁰ Zie schedule 7, part 1 bij de Human Tissue Act 2004. Online te raadplegen via: <http://www.legislation.gov.uk>.

²⁴¹ P.L. 98-507, nu gecodificeerd in 42 U.S.C. Part H. De United States Code is raadpleegbaar op www.uscode.house.gov.

²⁴² New York en Pennsylvania hebben geen van de drie versies aangenomen. Florida heeft enkel de eerste versie aangenomen. Zie: www.uniformlaws.org (legislative fact sheet).

C. Interdisciplinariteit

48. Hoewel de juridische discipline de hoofdmoot van dit onderzoek uitmaakt, mag niet worden vergeten dat er hier over een medische-technische én ethisch gevoelige materie gesproken worden. Enerzijds moet daarom ook rekening worden gehouden met de medische literatuur inzake orgaantransplantatie. Er zal daarbij niet worden ingegaan op de louter medisch-technische controversen. De medische literatuur zal voornamelijk gebruikt worden om enige realiteitszin in het recht te waarborgen. Anderzijds zal ook enigszins aansluiting worden gezocht met de medische ethiek en dan vooral hoe deze in de literatuur wordt toegepast op orgaantransplantatie. Hoewel steeds zal worden geredeneerd vanuit het juridische denkkader, zullen ethische argumenten gebruikt worden om het recht constructief te bekritisieren, dan wel te verantwoorden.

§ 2. SUPRA- EN INTERNATIONALE DIMENSIE

A. De Europese Unie

49. Het Belgische recht is al lang niet meer een louter nationaal gegeven. Hiervoor kan allereerst worden verwezen naar de rechtstak van het europees recht, dat de basis vormt voor de activiteiten van de Europese Unie. Krachtens artikel 168 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie²⁴³ (verkort: VWEU) is de Europese Unie bevoegd inzake volksgezondheid. Ze kan deze bevoegdheid uitoefenen mits het gaat om doelstellingen die niet voldoende door de lidstaten zelf en beter door de EU kunnen worden bereikt (subsidiariteitsprincipe) en voor zover niet meer dan nodig wordt gedaan om deze doelstellingen te bereiken (evenredigheidsprincipe).²⁴⁴ Ondertussen heeft de Europese Unie deze bevoegdheid al enkele keren uitgeoefend op het domein van orgaantransplantatie. *Grosso modo* kan er hierbij een onderscheid worden gemaakt tussen drie vormen van EU-optreden.

Ten eerste vertolkt de Europese Unie al enige tijd een louter ‘ondersteunende’ rol. Dit doet ze door het financieren van specifieke onderzoeksprojecten, zoals bv. EULOD inzake levende donoren.²⁴⁵ De kennis en inzichten die hiermee vergaard worden, kunnen aangewend worden door de lidstaten om hun orgaantransplantatiesysteem en de regulering ervan te verbeteren.

Ten tweede speelt de Europese Unie ook een meer actieve ‘coördinerende’ rol.²⁴⁶ Zo stelde de Europese Commissie in 2008 na een uitgebreid overleg- en reflectieproces²⁴⁷ het

²⁴³ *Pb. C.*, 30 maart 2010, afl. 83, 47.

²⁴⁴ Art. 5 VEU. Zie ook: art. 168, lid 1 en lid 7 VWEU; T.K. HERVEY en J.V. MCHALE, *Health Law and the European Union*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, 69-70 en 79, die dit vertalen als het vereiste van “added European value”; S. DÜNNES-ZIMMERMANN, *Gesundheitspolitische Handlungsspielräume der Mitgliedstaaten im Europäischen Gemeinschaftsrecht: Dogmatische Verortung im Rahmen der Grundfreiheiten*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, 197-198; S. CALLENS en K. CIERKENS, o.c. in S. CALLENS en J. PEERS (eds.), *Organisatie van de gezondheidszorg*, 2008, (223) 230.

²⁴⁵ Zie: F. AMBAGTSHEER en W. WEIMAR (eds.), *The EULOD Project. Living Organ Donation in Europe. Results and Recommendations*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2013, 7. Zie voor meer projecten: http://ec.europa.eu/health/blood_tissues_organs/projects/index_en.htm; NIVEL, *ACTOR study*, 2013, www.ec.europa.eu, 161.

²⁴⁶ *Cf.* art. 168, lid 2 VWEU.

²⁴⁷ Zie met name: “Human Organ Transplantation in Europe: an Overview”, 2003, <http://ec.europa.eu>, 3; “Organ Donation and Transplantation Policy Options at EU Level. Consultation Document”, <http://ec.europa.eu>; “Report on the Open Consultation: Policy options for organ donation and transplantation at EU level”, <http://ec.europa.eu>; Informal Meeting related to Blood, Tissues and Cells, and Organs – Report, 29 juli 2005, Brussel, http://ec.europa.eu/health/blood_tissues_organs; Mededeling van de Commissie - Orgaandonatie en transplantatie: beleidsmaatregelen op EU-niveau, COM(2007)275, <http://eur-lex.europa.eu>; Commission staff working document – Impact Assessment, SEC(2007) 705, <http://eur-lex.europa.eu>; 1st National Expert Meeting on Organ Donation and Transplantation at Community Level – Summary Report, 13 juli 2007, Brussel, <http://ec.europa.eu/health>; 2nd National Expert Meeting on Organ Donation and Transplantation at Community Level – Summary Report, 20 november 2007, Brussel,

‘actieplan inzake orgaandonatie en -transplantatie (2009-2015): hechtere samenwerking tussen de lidstaten’ voor (verkort: Actieplan 2009-2015).²⁴⁸ Voor deze coördinatie werd meer bepaald gekozen voor de *open method of coordination*,²⁴⁹ een bestuursteknik die in feite bestaat uit drie stappen.²⁵⁰ Eerst worden gemeenschappelijke doelstellingen gedefinieerd om het nationaal beleid te sturen. Voor Actieplan 2009-2015 zijn deze concreet uitgewerkt in de tien prioritaire acties verspreid over drie overkoepelende thema’s (vergroting van de beschikbaarheid van organen, verbetering van de efficiëntie en toegankelijkheid van transplantatiesystemen, verbetering van de kwaliteit en veiligheid van orgaandonatie en -transplantatie).²⁵¹ Vervolgens is het de bedoeling dat de lidstaten op basis hiervan hun eigen ‘nationale actieplan’ opstellen met nationale prioritaire acties toegesneden op de nationale situatie. Ten slotte moeten de werkzaamheden van de lidstaten geëvalueerd worden in het licht van de doelstellingen van het actieplan. Uit een tussentijdse evaluatie bleek reeds dat België al voor elk van de drie thema’s enige actie heeft ondernomen.²⁵² Er moet echter worden benadrukt dat Actieplan 2009-2015 geen bindende kracht heeft ten aanzien van de lidstaten. Niettemin kan van dergelijk actieplan een zekere politieke overredingskracht uitgaan en kan het als *soft law* een invloed uitoefenen op het beleidsdebat of aanzetten tot handelen en zelfs tot convergentie in kwesties waar er geen harde of slechts beperkte bevoegdheid bestaat.²⁵³

Ten derde speelt de Europese Unie in beperkte mate ook een ‘regelgevende’ rol door bindende regelgeving in verband met orgaantransplantatie uit te vaardigen. Hierbij moet hoofdzakelijk worden verwezen naar Richtlijn 2010/53/EU van 7 juli 2010 inzake kwaliteits- en veiligheidsnormen voor menselijke organen, bestemd voor transplantatie²⁵⁴ (verkort: Richtlijn 2010/53/EU).²⁵⁵ Zoals later nog aan bod komt, heeft Richtlijn 2010/53/EU een belangrijke impact gehad op de Belgische orgaantransplantatiewetgeving.

<http://ec.europa.eu/health/>; Key stake holders meeting on organ donation and transplantation, 19 februari 2008, Brussel, <http://ec.europa.eu/health/>; Stake holders meeting on organ donation and transplantation, 23 mei 2008, Brussel, <http://ec.europa.eu/health/>; Council Conclusions on Organ donation and transplantation, nr. 15.332/07, <http://ec.europa.eu/>; Resolutie van het Europees Parlement van 22 april 2008 over orgaandonatie en –transplantatie: beleidsmaatregelen op EU-niveau (2007/2210(INI)), *Pb. C.* 29 oktober 2009, afl. 259; Commission staff working document - Impact Assessment, SEC(2008) 2956, <http://eur-lex.europa.eu>.

²⁴⁸ Mededeling van de Commissie - Actieplan inzake orgaandonatie en transplantatie (2009-2015): hechtere samenwerking tussen de lidstaten, COM(2008)819, <http://eur-lex.europa.eu>.

²⁴⁹ Commission staff working document – Impact Assessment, SEC(2007) 705, <http://eur-lex.europa.eu>, 60.

²⁵⁰ Zie: T.K. HERVEY en J.V. MCHALE, *Health Law and the European Union*, 2004, 413. Deze auteurs wijzen erop dat deze stappen worden weerspiegeld in art. 168, lid 2 VWEU: “(...), met name initiatieven om richtsnoeren en indicatoren vast te stellen, de uitwisseling van beste praktijken te regelen en de nodige elementen met het oog op periodieke controle en evaluatie te verzamelen.” (*Ibid.*, 411-412). Vgl. ook: Lisbon European Council, 23 maart 2000, nr. 100/1/00, <http://www.european-council.europa.eu/council-meetings/conclusions/archives-2002-1993>, nrs. 37-40.

²⁵¹ Zie voor een duidelijk overzicht de bijlage bij Mededeling van de Commissie - Actieplan inzake orgaandonatie en transplantatie (2009-2015): hechtere samenwerking tussen de lidstaten, COM(2008)819, <http://eur-lex.europa.eu>, 9 e.v.

²⁵² NIVEL, *ACTOR study*, 2013, www.ec.europa.eu, 28-30, waar blijkt dat België evenwel nog niet alle prioritaire actiepunten adequaat heeft aangepakt. Zie los daarvan ook de recentere tussentijds evaluatie van de Europese Commissie zelf: Commission staff working document on the mid-term review of the “Action Plan on Organ Donation and Transplantation (2009-2015): Strengthened Cooperation between Member States”, SWD(2014) 147 final, <http://eur-lex.europa.eu>.

²⁵³ T.K. HERVEY en J.V. MCHALE, *Health Law and the European Union*, 2004, 61-62 en 413, die ook wijzen op de mogelijkheid van het actieplan om als interpretatiehulpmiddel voor *hard law* of zelfs als onrechtstreekse aanleiding voor het maken van *hard law* te fungeren; “Organ Donation and Transplantation Policy Options at EU Level. Consultation Document”, <http://ec.europa.eu>, 15; A.-C. SQUIFFLET, “L’action de l’Union européenne en matière de prélèvement et de transplantation d’organes: commentaires à propos du plan d’action 2009-2015 et de la directive du 7 juillet 2010”, *T. Gez.* 2010-11, (382) 391.

²⁵⁴ *Pb. L.* 6 augustus 2010, afl. 207, 14 en Rectificatie van Richtlijn 2010/53/EU, *Pb. L.* 19 september 2010, afl. 243, 68.

²⁵⁵ Ook aan dit Europees instrument ging een uitgebreid consultatie- en reflectieproces vooraf. Zie de bronnen bij Actieplan 2009-2015.

B. De Raad van Europa

50. Vervolgens moet ook verwezen worden naar de rechtstak van de mensenrechten. Op dit punt is de Raad van Europa van groot belang. Hoewel deze organisatie niet rechtstreeks bindende rechtsregels kan opleggen aan haar lidstaten, zorgt ze wel voor de voorbereiding van verdragen. Het vlaggenschip is zonder twijfel het Verdrag van 4 november 1950 tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (verkort: EVRM), waarbij iedere lidstaat van de Raad van Europa, dus ook België,²⁵⁶ verplicht verdragspartij is. Het EVRM is een zeer belangrijk instrument, aangezien het fundamentele rechten bevat waarop burgers zich rechtstreeks voor de nationale rechter kunnen beroepen.²⁵⁷ Daarbovenop werd voorzien in een (subsidiar) supranationaal toezichtsmechanisme, met name het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (verkort: EHRM), dat bij schending een ‘billijke genoegdoening’ kan toekennen.²⁵⁸ Dankzij hun brede formulering kunnen de rechten van het EVRM dienst doen als een belangrijk denkkader voor het maken van gezondheidsrechtelijke beleidskeuzes.²⁵⁹ Vooral het ruime recht op privé-leven uit artikel 8 EVRM zal in dit onderzoek van belang zijn. Dit sluit volledig aan bij één van de onderzoekslijnen van de onderzoeksgroep Persoon & Vermogen, waarbinnen dit proefschrift tot stand kwam.²⁶⁰

In 1997 kwam in de schoot van de Raad van Europa bovendien het Verdrag betreffende de mensenrechten en de biogeneeskunde²⁶¹ (verkort: EVRM-Bio) tot stand, met artikelen 19 t.e.m. 22 die specifiek betrekking hebben op orgaantransplantatie. Dit werd verder uitgewerkt in 2002 via het Aanvullend protocol met betrekking tot transplantatie van organen en weefsels van menselijke oorsprong²⁶² (verkort: Transplantatieprotocol EVRM-Bio). Het belang van deze verdragen voor België is echter zeer genuanceerd. België heeft het EVRM-Bio noch het aanvullende Transplantatieprotocol ondertekend en is er dus geenszins juridisch door gebonden.²⁶³ Toch kunnen ze op twee manieren nog een rol spelen. Allereerst kunnen ze namelijk nog wel als *inspiratiebronnen* dienen voor het nationaal beleid en het regelgevend kader omtrent orgaantransplantatie. De reden waarom België niet tot ondertekening is overgegaan, blijkt immers niets te maken te hebben met de inhoud van deze verdragen voor zover het orgaantransplantatie betreft,²⁶⁴ veeleer werd de ondertekening overbodig geacht,

²⁵⁶ Zie wet van 13 mei 1955, BS 19 augustus 1955.

²⁵⁷ J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER m.m.v. T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2013 (7^{de} editie), 235.

²⁵⁸ Zie artt. 19 t.e.m. 51 EVRM en J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER m.m.v. T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, 2013 (7^{de} editie), 235 e.v.

²⁵⁹ Zie ook: T.K. HERVEY en J.V. MCHALE, *Health Law and the European Union*, 2004, 23, 25 en 27; E. GADD, “The Global Significance of the Convention on Human Rights and Biomedicine” in J.K.M. GEVERS, E.H. HONDIUS en J.H. HUBBEN (eds.), *Health Law, human rights and the Biomedicine Convention: essays in honour of Henriette Roscam Abbing*, Nijhoff, Leiden, 2005, (35) 36.

²⁶⁰ Zie: <https://www.uantwerpen.be/en/rg/personal-rights-and-property-rights/research-programme/personality-rights>.

²⁶¹ Verdrag voor de bescherming van mensenrechten en de menselijke waardigheid in verband met de toepassing van de biologie en de geneeskunde, Oviedo, 4 april 1997, <http://www.conventions.coe.int>. Zie ook: Recommendation 1160 (1991) of the Parliamentary Assembly in the preparation of a convention on bioethics, <http://assembly.coe.int>, waar blijkt dat men het reeds geleverde wenste te codificeren.

²⁶² Aanvullend protocol bij het verdrag voor mensenrechten en biogeneeskunde met betrekking tot transplantatie van organen en weefsels van menselijke oorsprong, Straatsburg, 24 januari 2002, <http://www.conventions.coe.int>.

²⁶³ De lijst van ondertekeningen en ratificaties kan geraadpleegd worden op: <http://www.conventions.coe.int>.

²⁶⁴ Het probleem was blijkbaar veeleer dat onder andere de bepalingen van het EVRM-Bio over het voorspellen van genetische ziektes en over het wetenschappelijk onderzoek op embryo's niet zouden stroken met de standpunten van de Belgische wetgever: *Vr. en Antw. Senaat* 2004-05, 17 juni 2005, Vr. nr. 3-2937 NYSSSENS; *Vr. en Antw. Senaat* 2012-13, 24 mei 2013, Vr. nr. 5-9119 C. FRANSSEN; Advies nr. 2 van 7 juli 1997 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek betreffende het verdrag Mensenrechten en Biogeneeskunde van de Raad van Europa, <http://www.health.belgium.be>, 4 en 6. Zie ook al: A.-M. BAEKE, F. DEMEYERE en V. DE SAEDELEER, “Het Verdrag Mensenrechten en Biogeneeskunde van de Raad van Europa: Enkele krachtlijnen”, *T. Gez.* 1997-98, (247) 248-249 en 266.

omdat de Belgische regelgeving reeds preciezer is.²⁶⁵ Vervolgens zouden het EVRM-Bio en het Transplantatieprotocol zelfs kunnen fungeren als *interpretatiebron* bij het EVRM, dat zoals gezegd wel bindend is voor België. Ze kunnen immers worden beschouwd als een specifieke uitwerking van de principes van het EVRM.²⁶⁶ Via die omweg zouden ze ook ten aanzien van landen die ze niet hebben geratificeerd, als onrechtstreekse toetsingsnorm door het EHRM gehanteerd kunnen worden.²⁶⁷ Zo haalde het EHRM reeds in twee recente transplantatie-gerelateerde zaken het Transplantatieprotocol aan als relevant document ten aanzien van een land dat dit niet had ondertekend.²⁶⁸ Dit alles pleit op zijn minst voor een aandachtige lezing van het EVRM-Bio en het Transplantatieprotocol, zeker nu de erin vervatte beginselen ook door de Europese Unie werden erkend.²⁶⁹

Naast het voorbereiden van verdragen functioneert de Raad van Europa meer algemeen ook als een gemeenschappelijk, politiek gezaghebbende denk- en actieforum,²⁷⁰ waarbinnen al verschillende niet-bindende resoluties of aanbevelingen inzake orgaantransplantatie tot stand kwamen. Te denken valt bv. aan Resolutie (78) 29 van 11 mei 1978 ter harmonisering van wetgevingen van lidstaten met betrekking tot de wegneming, het enten en de transplantatie van menselijke substanties²⁷¹ (verkort: Resolutie (78) 29), die grotendeels de basis vormde voor de Belgische Orgaantransplantatiewet.²⁷²

C. Overige internationale spelers

51. Hoewel de Europese Unie en de Raad van Europa de belangrijkste juridische impact hebben, moet ten slotte ook rekening worden gehouden met allerlei andere internationale spelers die actief zijn in het domein van orgaantransplantatie. Er valt daarbij met name te denken aan de Wereldgezondheidsorganisatie (WGO),²⁷³ de *World Medical Association*, de *Transplantation Society*²⁷⁴ en de *European Society for Organ Transplantation*²⁷⁵. De

²⁶⁵ Verslag DETIÈGE, *Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 51-2680/5, 7, 9 en 12.

²⁶⁶ Memorie van toelichting EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 9; J.H.W. KITS NIEUWENKAMP, "Totstandkoming en opzet" in H. NYS (ed.), *De Conventie Mensenrechten en Biogeneeskunde van de Raad van Europa. Inhoud en gevolgen voor patiënten en hulpverleners*, Antwerpen, Intersentia, 1998, (17) 24; F. VAN NESTE, "Relatie tot mensenrechten en het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens (E.V.R.M.)" in H. NYS (ed.), o.c., (33) 37 (specifiek m.b.t. het mensenrecht op lichamelijke integriteit).

²⁶⁷ Advies van de Raad van State, *Parl. St. Kamer* 2005-06, nr. 51-2680/1, 15; M. BLUMBERG-MOKRI, "Convention de biomédecine et transplantation d'organes. Brèves considérations sur le protocole additionnel à la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine sur la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine du 24 janvier 2002", *Les petites affiches* 2002, afl. 130, (5) 10, die ook spreekt van een onrechtstreekse toetsing door het Hof van Justitie.

²⁶⁸ EHRM, *Petrova v. Latvia*, 2014, <http://hudoc.echr.coe.int>, waar het Hof echter nog geen beroep op het Transplantatieprotocol deed in zijn redenering aangaande de toetsing aan EVRM zelf; EHRM, *Elberte v. Latvia*, 2015, <http://hudoc.echr.coe.int>. Zie ook los van orgaantransplantatie bv.: EHRM, *Glass v. the United Kingdom*, 2004, <http://hudoc.echr.coe.int>; EHRM, *M.A.K. and R.K. v. the United Kingdom*, 2010, <http://hudoc.echr.coe.int>.

²⁶⁹ Zie o.a.: Toelichting bij voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake kwaliteits- en veiligheidsnormen voor menselijke organen, bestemd voor transplantatie, COM(2008) 818 (definitief), <http://eur-lex.europa.eu>, 5; considerans 19 Richtlijn 2010/53/EU.

²⁷⁰ A. DE KOEKELAERE, o.c., *RW* 1993-94, (481) 488; J.H.W. KITS NIEUWENKAMP, o.c. in H. NYS (ed.), *De Conventie Mensenrechten en Biogeneeskunde van de Raad van Europa*, 1998, (17) 20.

²⁷¹ *VI. T. Gez.* 1989, 318 en <http://www.coe.int>.

²⁷² Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 1980-1981, nr. 774-1, 2-3; Memorie van toelichting, *Parl. St. Senaat* 1984-85, nr. 832-1, 3. Weliswaar was de resolutie op haar beurt geïnspireerd op een Belgisch voorontwerp van wet, uitgewerkt door een werkgroep onder het voorzitterschap van toenmalige procureur-generaal J. Matthijs.

²⁷³ In een beperkt aantal gevallen kan deze organisatie rechtstreeks bindende regels uitvaardigen. Orgaantransplantatie is niet zo'n geval (cf. art. 21 WHO Constitution). Wel werden richtlijnen uitgebracht (de *WHO Guiding Principles*): Resolutie WHA44.25 on Human organ transplantation, 44th World Health Assembly, 13 mei 1991, <http://www.who.int>; Human organ and tissue transplantation, Report by the Secretariat, EB123/5, 18 april 2008, <https://extranet.who.int>; Resolutie WHA 63.22 on human organ and tissue transplantation, 63rd World Health Assembly, 21 mei 2010, <http://www.who.int>.

²⁷⁴ Onder meer de Belgische Transplantatievereniging is hieraan verbonden. Zie onder 'affiliated societies' op <https://www.tts.org>.

²⁷⁵ De sectie die voor dit proefschrift het meeste belang vertoont, is het *European platform on Ethical, Legal and Psychosocial Aspects of Organ Transplantation* (ELPAT). Zie: <http://www.esot.org/elpat>.

geformaliseerde stellingnames die binnen deze organisaties tot stand komen, kunnen relevant zijn als een vorm van *soft law* of ethische sturing.

Afdeling 3. Onderzoekstructuur

52. Om de onderzoeksvraag van dit proefschrift te kunnen beantwoorden, moet eerst goed begrepen worden wat als een ‘verbetering’ kan worden beschouwd. Hierbij rijst de vraag wat de wetgever nu juist met het huidige juridisch kader voor orgaantransplantatie wenste te bereiken. In Deel II zal daarom eerst het ‘orgaantransplantatiebeleid’ onderzocht worden. De bevindingen hieromtrent zullen het verdere verloop van het onderzoek ondersteunen.

53. Vervolgens zal de onderzoeksvraag systematisch worden gesteld ten aanzien van de verscheidene inhoudelijke aspecten van de orgaantransplantatieregelgeving. In essentie kan orgaantransplantatie worden voorgesteld als een constructie met drie belanghebbenden, nl. de arts, de levende of overleden orgaandonor en de orgaanontvanger.²⁷⁶ Op deze voorstelling zal het corpus van dit proefschrift worden geënt. In Deel III zal eerst algemeen de organisatie van de orgaantransplantatiesector onderzocht worden. Zo zal het algemeen juridisch landschap waarbinnen de (rechts)verhoudingen tussen artsen, donoren en ontvangers tot stand kunnen komen, geëvalueerd kunnen worden. Daarna zal uitvoerig worden ingegaan op de meer specifieke verhoudingen. In Deel IV staat de verhouding tussen arts en levende donor centraal. In Deel V gaat de aandacht naar de verhouding tussen arts en overleden donor, die aanzienlijk verschilt van die met een levende donor. In Deel VI ligt uiteindelijk de nadruk op de verhouding tussen arts en ontvanger.

Toegegeven, de voorstelling van orgaantransplantatie als constructie met drie belanghebbenden is enigszins onnauwkeurig. In werkelijkheid zullen er wellicht veel meer belanghebbenden kunnen worden geïdentificeerd. Langs de kant van de zorgverlener valt immers niet enkel te denken aan de individuele transplantatiechirurg, maar ook aan de belangen van het gehele medische team, de betrokken ziekenhuizen, de laboratoria, de orgaanvervoerders²⁷⁷ en zelfs de farmaceutische bedrijven die instaan voor de productie van de nodige immunosuppressiva²⁷⁸. Langs de kant van de donoren en ontvangers valt met name te denken aan de belangen van de naasten of van de ziekteverzekeraars.²⁷⁹ Sommige auteurs wezen zelfs op het algemeen belang, omwille van nationale solidariteit bij het dragen van de transplantatiekosten of het raakvlak met maatschappelijke concepten zoals de dood.²⁸⁰ Niettemin meen ik dat de voorgestelde structuur van dit proefschrift voldoende ruimte biedt om al deze belanghebbenden waar nodig ook aan bod te laten komen, zodat ze wel degelijk verantwoord is.

54. Ten slotte zal het onderzoek in Deel VII worden afgerond met een algemeen besluit. Doorheen het proefschrift zullen reeds duidelijk afgebakende conclusies worden getrokken. Dit

²⁷⁶ Vgl. ook: T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 9; Commission staff working document - Impact Assessment, SEC(2008) 2956, <http://eur-lex.europa.eu>, 74-75.

²⁷⁷ Vgl. A.-M. BRIELS, “Vragen op het terrein van de orgaantransplantaties” in L. APOSTEL, P. DEVROEY en H. CAMMAER (eds.), *Beschikken over lijf en leven. Ethische vragen rond vrijheid en geborgenheid*, Leuven, Acco, 1987, (27) 28 en 29.

²⁷⁸ Bv. N.L. TILNEY *et al.*, “The New Chimaera: The Industrialization of Organ Transplantation”, *Transplantation* 2001, (591) 591.

²⁷⁹ Vgl. A.-M. BRIELS, *o.c.* in L. APOSTEL, P. DEVROEY en H. CAMMAER (eds.), *Beschikken over lijf en leven*, 1987, (27) 28 en 29.

²⁸⁰ Vgl. I. KENNEDY, *Treat me right: essays in medical law and ethics*, Oxford, Clarendon, 1991 (2^{de} ed.), 242; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 9.

zal gebeuren op functionele wijze, m.a.w. wanneer dit relevant is in het licht van de onderzoeksvraag. Deze zullen zich concreet veruitwendigen in voorstellen tot verbetering. De lezer die snel een idee wil krijgen van de verscheidene opvattingen die in dit werk worden verdedigd, wordt aangeraden om alle tussentiteltjes met de naam ‘Voorstel tot ...’ te doorlopen. In het algemeen besluit zal uiteindelijk naar de onderzoeksvraag en deze voorstellen worden teruggekoppeld. In plaats van een systematische samenvatting van de bevindingen is het de bedoeling om hierbij over te gaan tot de formulering van beleidsgerichte stellingen die aangeven waar en hoe de belangrijkste verbeteringen moeten plaatsvinden.

DEEL II. HET ORGAANTRANSPLANTATIEBELEID

55. De Orgaantransplantatiewet en de bijhorende uitvoeringsbesluiten kunnen worden opgevat als beleidsinstrumenten. Opdat kan worden onderzocht in hoeverre deze instrumenten voor verbetering vatbaar zijn moet eerst begrepen worden welk orgaantransplantatiebeleid de wetgever er nu juist mee wenste te voeren. Daarom komen in dit deel achtereenvolgens aan bod: de doelstellingen van het beleid (hoofdstuk I), de handhaving ervan (hoofdstuk II) en ten slotte het toepassingsgebied van het beleid (hoofdstuk III).

Hoofdstuk I. Doelstellingen

56. Vanuit juridisch oogpunt kan m.i. een onderscheid worden gemaakt tussen twee grote beleidsdoelstellingen, namelijk het verhogen van de orgaankwantiteit enerzijds (afd. 1) en het verhogen van de orgaankwaliteit anderzijds (afd. 2).

Afdeling 1. De wet van 1986 en orgaankwantiteit

§ 1. EEN MAATREGEL TEGEN HET ORGAANTEKORT

57. De wetgever erkende in 1986 met de Orgaantransplantatiewet dat orgaantransplantatie voor sommige gevallen de beste oplossing is en dat het een “*sociaal noodzakelijk onderdeel van de gezondheidszorg*” betreft.²⁸¹ Het betrof toen al inderdaad een gevestigde therapie, die deels haar experimenteel stadium voorbij was en een levensreddend, dan wel levenskwaliteit verbeterend effect kon hebben.²⁸² Tot nu werd nog nooit de nood aan (het bevorderen van) orgaantransplantaties als zodanig betwist.²⁸³ Recent nog werd door de minister van Volksgezondheid bevestigd dat orgaantransplantatie in de Belgische gezondheidszorg een ‘speerpunt’ met een breed maatschappelijk en ethisch draagvlak uitmaakt.²⁸⁴ Het gaat immers over de meest courante behandeling voor orgaanfalen.²⁸⁵ De gunstige houding van de wetgever tegenover orgaantransplantatie blijkt ondertussen impliciet ook uit onder meer de terugbetaling van transplantatie-ingrepen via het socialezekerheidssysteem²⁸⁶ en de mogelijkheid om onderzoek op embryo’s te verrichten ten behoeve van orgaantransplantatie²⁸⁷.

De wetgever kon daarom niet blind blijven voor de nefaste gevolgen van een orgaantekort, dat zich ten tijde van de goedkeuring van de Orgaantransplantatiewet vooral met

²⁸¹ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 832-1, 1 en 3.

²⁸² A.-M. BRIELS, “Vragen op het terrein van de orgaantransplantaties” in L. APOSTEL, P. DEVROEY en H. CAMMAER (eds.), *Beschikken over lijf en leven. Ethische vragen rond vrijheid en geborgenheid*, Leuven, Acco, 1987, (27) 27.

²⁸³ Zie bv.: Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220-9, 3; *Hand.* Senaat 1984-85, 1 juli 1985, 3163; *Hand.* Kamer 1985-86, 3 juni 1986, 1220. Zie recent nog: Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Larcier, Brussel, 2005, nr. 117; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Brussel, Larcier, 2010, 730. Zie ook: Third Conference of European Health Ministers on Organ Transplantation, Parijs 16-17 November 1987, *VI. T. Gez.* 1987-88, (284) 286, nr. 2.

²⁸⁴ *Vr. en Antw.* Senaat 2012-13, 23 januari 2013, *Vr. nr.* 5-7952 N. LIJNEN. Vgl. met Frankrijk: art. L1232-1 Code de la santé publique, waar het wegnemen en transplanteren van organen als “*une priorité nationale*” wordt bestempeld. Dit kadert in de inspanningen van de wetgever tot het vergroten van het aantal donoren (J.-R. BINET, “La loi relative à la bioéthique.- Commentaire de la loi du 6 août 2004: 2^e partie”, *Droit de la famille* 2004, www.lexisnexis.com, nr. 4).

²⁸⁵ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2011-12, nr. 53-2158/1, 5.

²⁸⁶ Zie met name art. 34, 17° en 22° wet van 14 juli 1994 betreffende de verplichte verzorging en uitkeringen, *BS* 27 augustus 1994 en art. 14, m van de bijlage bij het KB van 14 september 1984 tot vaststelling van de nomenclatuur van geneeskundige verstrekkingen inzake verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, *BS* 29 september 1984. Zie ook *infra* Deel VI, Hoofdstuk I, Afd. 1, § 1, A.2.a.

²⁸⁷ Art. 3, 1° wet van 11 mei 2003 betreffende het onderzoek op embryo’s in vitro, *BS* 28 mei 2003. Men hoopt zo via embryonale stamcellen complexe organen te kunnen vormen, zodat men niet meer afhankelijk is van het ontoereikend aanbod donoren (Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 2000-01, nr. 2-695/1, 3).

betrekking tot nieren begon af te tekenen.²⁸⁸ Men vreesde voor een hogere mortaliteit op de orgaanwachlijsten, hogere financiële lasten voor het RIZIV (m.n. voor de kosten van de patiënten die wachten op een transplantatie), druk op levende donoren om bij gebrek van overledenen te doneren aan wachtende familieleden en een toenemend risico op een internationale zwarte markt van organen.²⁸⁹ Door met de Orgaantransplantatiewet een duidelijke, aangepaste wetgeving te bieden en het juridische vacuüm op te vullen, beoogde de wetgever de nadelen van het orgaantekort te vermijden.²⁹⁰ Het wegwerken van het orgaantekort moet bijgevolg als de onderliggende reden van de Orgaantransplantatiewet worden beschouwd. Bij de wetswijziging van 25 februari 2007,²⁹¹ die er kwam na een groei van de wachtlijsten tussen 2000 en 2005, werd dit beleidsdoel nogmaals bevestigd.²⁹² Dit sluit aan bij het orgaantransplantatiebeleid van de Europese Unie, waar het orgaantekort expliciet als het belangrijkste probleem van orgaantransplantatie werd beschouwd.²⁹³

58. De bovenstaande doelstelling moet weliswaar worden genuanceerd. Aanvankelijk werd het tegengaan van het orgaantekort voornamelijk nagestreefd door het regelen van de orgaanwegname. De wetgever meende dat hierbij een verantwoord evenwicht moet worden gevonden tussen enerzijds het efficiënt uitbouwen van orgaantransplantatie²⁹⁴ en anderzijds de eerbied voor de persoonlijkheidsrechten op lichaam en lijk.²⁹⁵ Het verhogen van het orgaanaanbod is dus een belangrijke doelstelling, maar dit doel heiligt op zich alle middelen nog niet. Er moet niet enkel rekening worden gehouden met het belang van de ontvanger bij een toereikend orgaanaanbod, maar ook met het risico op misbruik van donoren als ‘orgaanreservoirs’.²⁹⁶ De klassieke tweerelatie tussen arts en patiënt/ontvanger moet berekend worden op het belang van een derde, nl. de donor. D. Price spreekt hierbij terecht van “*the great challenge for those attempting to regulate this sphere.*”²⁹⁷

§ 2. DOELTREFFENDHEID

A. De rol van gedragsnormen

59. De Belgische wetgever is ervan uitgegaan dat wetgeving een middel is waarmee het orgaantekort kan worden bestreden. In welke mate het recht echter een invloed kan hebben op het orgaantekort is moeilijk algemeen te zeggen. Voor zover bekend werden hier in België nog

²⁸⁸ Zie ook: A.-M. BRIELS, o.c. in L. APOSTEL, P. DEVROEY en H. CAMMAER (eds.), *Beschikken over lijf en leven*, 1987, (27) 27.

²⁸⁹ Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220-9, 5.

²⁹⁰ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 832-1, 2; Verslag MINET, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 832-2, 32.

²⁹¹ Wet van 25 februari 2007 tot wijziging van de wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, *BS* 13 april 2007.

²⁹² Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 51-2680/001, 6. Zie ook: A.-C. SQUIFFLET, “Le cadre juridique du prélèvement et de la transplantation d’organes: choix éthiques et résultats pratiques”, *Ethica Clinica* 2011, nr. 61, (32) 33.

²⁹³ Mededeling van de Commissie - Orgaandonatie en transplantatie: beleidsmaatregelen op EU-niveau, COM(2007)275, <http://eur-lex.europa.eu>, 3. Zie ook: Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité over het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake kwaliteits- en veiligheidsnormen voor menselijke organen, bestemd voor transplantatie, *Pb. C.* 16 december 2009, afl. 306, 65, punt 3.2., waar men stelde dat de toereikende beschikbaarheid van organen het speerpunt van het Europees beleid moet zijn.

²⁹⁴ Dit kadert in het recht op gezondheidszorg. Zie *infra* Deel VI, Hoofdstuk I, Afd. 1, § 1.A.

²⁹⁵ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 832-1, 3.

²⁹⁶ T. GRUEL, *Le droit ébranlé par les manipulations du corps*, Villeneuve d’Ascq, Presses Universitaires de Septentrion, 2002, 476, nr. 850. Zie ook: H.J.J. LEENEN, J.C.J. DUTTE en W.R. KASTELEIN, *Handboek gezondheidsrecht. Deel II. Gezondheidszorg en recht*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum, 2008 (5^{de} ed.), 285.

²⁹⁷ D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, 2 en 19. Zie ook: T.R. JENSEN, “Organ procurement: various legal systems and their effectiveness”, *Hous. J. Int’l L.* 2000, (555) 557.

geen wetenschappelijke studies aan gewijd. En zelfs dan nog zal de impact van bepaalde wetgeving niet steeds nauwkeurig kunnen worden gemeten. Volgens Nederlands onderzoek had de Wet op de Orgaandonatie, die eveneens de bevordering van het orgaanaanbod tot doel had,²⁹⁸ in 2003 alvast nog geen zichtbaar effect op het orgaanaanbod.²⁹⁹

Hoe dan ook kan m.i. worden gesteld dat het recht *een* invloed *kan* hebben als één van de verschillende manieren om het orgaantekort te verminderen.³⁰⁰ Via wettelijke gedragsnormen kunnen bepaalde medische praktijken immers verboden of verhinderd worden of bepaald gedrag geboden, dan wel toegelaten of zelfs aangemoedigd worden.³⁰¹ Zo zullen bv. de voorwaarden waaronder organen bij een donor mogen worden weggenomen, een invloed hebben op de beschikbaarheid van het aantal organen.³⁰² Het recht kan bijdragen aan het omvormen van de bestaande mentaliteit³⁰³ en aldus sturend werken in de strijd tegen het orgaantekort. De hypothese voor de rest van dit onderzoek is dan ook dat wetgeving een doeltreffende maatregel ter bestrijding van het orgaantekort kan zijn.

B. De complementaire rol van sensibilisering

1. Belang van sensibilisering

60. De wetgever was zich er blijkbaar van bewust dat het uitvaardigen van duidelijke wetgeving over de voorwaarden voor orgaanwegneming en -transplantatie niet allesbepalend is in de strijd tegen het orgaantekort. De wetgever wou in 1986 het orgaantekort immers niet enkel tegengaan door middel van een orgaantransplantatiewet, maar complementair ook met *sensibilisering* van het publiek over de nood van bepaalde medemensen en de mogelijkheden om hen te helpen. Niet enkel het gebrek aan wetgeving, maar ook het gebrek aan informatie werd immers als een oorzaak voor de discrepantie tussen vraag en aanbod beschouwd.³⁰⁴ Ook de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren was van mening dat de wetgeving gepaard moet gaan met voortdurende bewustmaking van de bevolking om tot actieve solidariteit te komen.³⁰⁵ Ook nu nog neemt sensibilisering een belangrijke plaats in bij het overheidsbeleid inzake orgaandonatie.³⁰⁶

Het besef dat sensibilisering van het publiek van groot belang is voor de donatiebereidheid is ook wijdverspreid binnen de Europese Unie. De Europese Commissie promootte sensibilisering in het Europese Actieplan 2009-2015. Meer bepaald in prioritaire actie 4 werd de nadruk gelegd op het verbeteren van de bewustmaking van het publiek teneinde

²⁹⁸ Zie de inleidende considerans bij de wet en Memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, 22.358, nr. 3, 3.

²⁹⁹ R. COPPEN, R.L. MARQUET en R.D. FRIELE, *Het donorpotentieel. Een vergelijking van het donorpotentieel in Nederland en 9 andere West Europese landen*, Utrecht, NIVEL, 2003, 11.

³⁰⁰ Zie ook: A.-C. SQUIFFLET, "Enhancing public engagement in organ donation through the law: A comparison between Belgium and the United States" in G. RANDHAWA en S. SCHICKTANZ (eds.), *Public Engagement in Organ Donation and Transplantation*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2013, (36) 41-42.

³⁰¹ Zie ook: A.-C. SQUIFFLET, "Le droit face à la pénurie d'organes: quels apports pour quelle efficacité?" *Ann. dr. Louvain* 2011, (357) 370; NIVEL, *ACTOR study*, 2013, www.ec.europa.eu, 13; L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe: possibilities of harmonisation*, Heidelberg, Springer, 2013, 3.

³⁰² R.A. TORRINGA, "Transplantatie van menselijke organen", *Ars Aequi* 1970, (1) 1.

³⁰³ A.-C. SQUIFFLET, o.c., *Ann. dr. Louvain* 2011, (357) 397.

³⁰⁴ Memorie van toelichting, *Parl. St. Senaat* 1984-85, nr. 832-1, 2; Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220-9, 3.

³⁰⁵ Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 11 april 1987 betreffende orgaantransplantatie, <http://www.ordomedic.be>.

³⁰⁶ Verslag BROTTCHI en TEMMERMAN, *Parl. St. Senaat* 2010-11, nr. 5-666/3, 42.

het orgaanaanbod te vergroten.³⁰⁷ Ook in het raam van de Raad van Europa werd het belang van bewustmaking erkend.³⁰⁸

61. De mentaliteit van het publiek is inderdaad van groot belang voor het orgaanaanbod. Dit valt logisch te verklaren. Het publiek bevat de groep van potentiële orgaandonoren, m.a.w. de bron van transplanteerbare menselijke organen. Hun toestemming is mede bepalend voor het orgaanaanbod.³⁰⁹ Transplantatiegeneeskunde is dus van de bereidwilligheid van het publiek afhankelijk, wat vrij uniek is in de gezondheidszorg. B. Sluyters verwoordde deze gedachte treffend: “*Patiënten worden door de nood vanzelf naar de arts gebracht, donors alleen wanneer het publiek transplantatie-minded is geworden*”.³¹⁰ Of nog: “*the donation/transplantation process starts and ends in society*”.³¹¹

Bereidwilligheid om organen af te staan vereist vanzelfsprekend allereerst kennis over orgaandonatie en -transplantatie. De potentiële donor moet kunnen beschikken over voldoende en juiste informatie. Kennis is echter niet voldoende. Donatiebereidheid vereist logischerwijze ook vertrouwen van de potentiële donor in de beroepsbeoefenaars en het transplantatiesysteem.³¹² Zonder dit vertrouwen zal de potentiële donor zich normaal niet aangesproken voelen om te participeren. Kennis en vertrouwen zijn bijgevolg de twee voornaamste doelstellingen van sensibilisering bij orgaandonatie.

2. Juridisering van de sensibilisering

62. De Belgische wetgever deed in 1986 uitschijnen dat de Orgaantransplantatiewet op zich het gebrek aan sensibilisering zou verhelpen.³¹³ Nochtans werden er inzake sensibilisering toen geen specifieke bepalingen in de Orgaantransplantatiewet opgenomen. Niettemin kan de

³⁰⁷ Mededeling van de Commissie - Actieplan inzake orgaandonatie en transplantatie (2009-2015): hechtere samenwerking tussen de lidstaten, COM(2008)819, <http://eur-lex.europa.eu>, 5.).

³⁰⁸ Aanbeveling D, Resolutie (78) 29; Third Conference of European Health Ministers on Organ Transplantation, Parijs 16-17 November 1987, VI. T. Gez. 1987-88, (284) 287; Preamble, art. 8 en art. 19 Transplantatieprotocol EVRM-Bio; Memorie van toelichting Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 106.

³⁰⁹ In België is in principe toestemming van de donor vereist voor orgaanwegneming. Zie uitgebreid *infra* Deel IV, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2.C en Hoofdstuk III, alsook Deel V, Hoofdstuk II, Afd. 2.

³¹⁰ B. SLUYTERS, “Juridische aspecten” in J.M. GREEP (ed.), *Orgaantransplantatie*, Leiden, Stafleu, 1970, (361) 362. Vgl. ook: J.E.M. AKVELD, “Juridische aspecten van orgaantransplantatie” in H.A.M.J. TEN HAVE, D.P. ENGBERTS en L.E. KALKMAN-BOGERD (eds.), *Ethiek en recht in de gezondheidszorg*, Deventer, Kluwer, 2007, losbl. XXIII, (203) 205; Memorie van toelichting, *Parl. St. Senaat* 1984-85, nr. 832-1, 2, waar het belang van een gunstig klimaat voor een ruime instemming tot orgaandonatie wordt onderstreept; Human organ and tissue transplantation, Report by the Secretariat, EB112/5, 2 mei 2003, <http://apps.who.int>, nr. 13; Mededeling van de Commissie - Orgaandonatie en transplantatie: beleidsmaatregelen op EU-niveau, COM(2007)275, <http://eur-lex.europa.eu>, 6, waar orgaandonatie en -transplantatie worden beschouwd als de medische behandeling die alleen met de medewerking van de samenleving hun volledige ontwikkeling kunnen bereiken; Council Conclusions on organ donation and transplantation, nr. 15.332/07, <http://ec.europa.eu/health>, nr. 4; Commission staff working document - Impact Assessment, SEC(2008) 2956, <http://eur-lex.europa.eu>, 11 en 12; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 2 (*utter dependence*).

³¹¹ B. MIRANDA, “Organ donation in Spain”, *Nephrol. Dial. Transplant* 1999, (15) 18-19.

³¹² Zie o.a.: Eurobarometer - Special Survey 333a, “Organ donation and transplant”, 2009, http://ec.europa.eu/public_opinion, factsheet België, waar blijkt dat 20% van zij die niet bereid zijn om na overlijden organen af te staan, beweren te weigeren omwille van wantrouwen in het systeem; M. NAVARRO-MICHEL, “Institutional organisation and transplanting the ‘Spanish Model’” in A.-M. FARRELL, D. PRICE en M. QUIGLEY (eds.), *Organ shortage: ethics, law, and pragmatism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, (151) 170; A.-C. SQUIFFLET, o.c. in G. RANDHAWA en S. SCHICKTANZ (eds.), *Public Engagement in Organ Donation and Transplantation*, 2013, (36) 40; F. BOSISIO *et al.*, “Taking a deceased organ donation decision at the crossroad of affective and public health issues” in G. RANDHAWA en S. SCHICKTANZ (eds.), *Public Engagement in Organ Donation and Transplantation*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2013, (80) 88; ORGAN DONATION TASKFORCE, *The potential impact of an opt out system for organ donation in the UK*, 2008, www.odt.nhs.uk, 9; NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS, *Human bodies*, 2011, 156-157 en 171; N. HOPPE en J. MIOLA, *Medical Law and Medical Ethics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, 231. Vgl. ook: Advies nr. 9177 van de Hoge Gezondheidsraad, “Wetsvoorstel tot wijziging van de wet van 19 december 2008 inzake het verkrijgen en het gebruik van menselijk lichaamsmateriaal met het oog op de geneeskundige toepassing op de mens of het wetenschappelijk onderzoek, aangaande de productie van geneesmiddelen voor geavanceerde allogene therapie”, <http://www.health.fgov.be>, 2 en 15.

³¹³ Memorie van toelichting, *Parl. St. Senaat* 1984-85, nr. 832-1, 2.

publiciteit die samenhangt met het uitvaardigen van nieuwe wetgeving op zich al een positief effect hebben.³¹⁴ Het bestaan van een wettelijke regeling zou op zichzelf al kunnen leiden tot vermindering van publieke vrees en wantrouwen ten aanzien van transplantatiepraktijken.³¹⁵ In die zin heeft de Orgaantransplantatiewet destijds wellicht wel kunnen bijdragen tot enige sensibilisering. Rond de totstandkoming van de wet blijkt bovendien wel enige informeringscampagne met persconferentie en brochures te zijn gevoerd.³¹⁶

63. Sinds juni 2005 wordt sensibilisering op meer bestendige wijze nagestreefd door de FOD Volksgezondheid met de nationale Beldonor-campagne.³¹⁷ Met deze campagne wil men via jaarlijkse acties burgers correct informeren, sensibiliseren en aanzetten tot het innemen van een (positief) standpunt over orgaandonatie. De Belgische transplantatiecentra zijn juridisch verplicht om aan dergelijke campagnes hun medewerking te verlenen.³¹⁸ Beldonor maakt gebruik van verschillende communicatiemiddelen: een informatiewebsite, persconferenties, participatie van mediafiguren, getuigenissen, affiches op publieke plaatsen, brochures, didactisch materiaal voor het basis- en middelbaaronderwijs, informatiestanden, radiospots op de nationale zenders en een Facebook-applicatie. Sinds de start van de Beldonor-campagne is het aantal donorregistraties beginnen groeien, waaruit redelijkerwijze kan worden afgeleid dat deze sensibiliseringscampagne een succes is.³¹⁹

De campagne richt zich niet louter tot de potentiële donoren zelf, maar ook tot de specifieke actoren die een rol spelen in de weg van potentiële naar effectieve donor. Het gaat vanzelfsprekend om de zorgverstrekkers (huisartsen en ziekenhuispersoneel), maar ook om de gemeentebesturen³²⁰ en het parket³²¹. Specifiek voor de sensibilisering van het ziekenhuispersoneel werd in het raam van Beldonor tevens het GIFT-project gelanceerd. Dit project werd in 2012 juridisch verankerd. Verschillende ziekenhuizen zijn nu verplicht om te beschikken over een team dat o.a. instaat voor het sensibiliseren en voorlichten van het ziekenhuispersoneel op het vlak van donatie, wegneming en transplantatie van organen (de functie “lokale donorcoördinatie”).³²²

Daarenboven moeten ieder transplantatiecentrum en iedere functie “lokale donorcoördinatie” sinds 2012 een jaarverslag betreffende de aantallen en soorten donoren, orgaanwegnemingen en transplantaties overmaken aan onder meer de FOD Volksgezondheid,

³¹⁴ Vgl. S. OSCHINSKY en Y. OSCHINSKY, “Prélèvement et transplantation d’organes”, *JT* 1987, (169) 171; X, “De toekomst” in H.B.M. VAN WEZEL, M. SLOOFF en H. VAN GOOR (eds.), *Orgaandonatie. Organisatorische, juridische, ethische en medisch-technische aspecten van orgaan- en weefseldonatie*, Houten, Bohn Stafleu Van Loghum, 1998, (202) 203.

³¹⁵ J.E.M. AKVELD, “Het Voorstel van wet op de Orgaandonatie gewogen”, *TvGR* 1992, (62) 62; A. CLAEYS en C. HURIET, *Rapport sur l’application de la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l’utilisation des éléments et produits du corps humain, à l’assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, Parijs, Assemblée Nationale, 1999, 30.

³¹⁶ Zie: *Vr. en Antw.* Kamer 1988-89, 24 februari 1989 (Vr. nr. 93 CORTOIS); P. MICHIELSEN, “Criteria for selecting organ donors and recipients”, *Health Policy* 1990, (117) 120.

³¹⁷ Zie www.beldonor.be. Deze sensibilisering wordt beschouwd als een federale bevoegdheid. Dit is ook logisch, aangezien orgaantransplantatie de grenzen van de deelstaten overschrijdt. Slechts indien de sensibilisering inzake orgaandonatie kan gelinkt worden aan preventie zal het gaan een gemeenschapsbevoegdheid. Zie: Vraag om uitleg van mevr. Vera Jans tot de heer Steven Vanackere, Vlaams minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin, over sensibilisering rond orgaandonatie, *Hand.* VI. Parl. 2007-08, 27 mei 2008, 13.

³¹⁸ Art. 8, 1° KB van 23 juni 2003 houdende vaststelling van de normen waaraan een transplantatiecentrum moet voldoen om te worden erkend als medische dienst zoals bedoeld in artikel 44 van de wet op de ziekenhuizen, gecoördineerd op 7 augustus 1987, *BS* 4 augustus 2003.

³¹⁹ Zie o.a.: “Campagne orgaandonatie is een succes”, *De Morgen* 25 augustus 2005, 4; “Donorcampagne levert al bijna tweeduizend vrijwilligers op”, *De Morgen* 29 september 2005, 6.

³²⁰ Dit is van belang omwille van hun rol bij de registratie van donatieverklaringen. Zie *infra* Deel V, Hoofdstuk III, Afd. 1, § 3.

³²¹ Dit is van belang in het licht van art. 13 Orgaantransplantatiewet. Zie *infra* Deel V, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, B.2.

³²² Art. 13, 10° KB van 10 november 2012 houdende vaststelling van de normen waaraan een functie “lokale donorcoördinatie” moet voldoen om te worden erkend en erkend te blijven, *BS* 23 november 2012.

die op haar beurt deze jaarverslagen publiek toegankelijk moet maken.³²³ Hierdoor kunnen potentiële donoren zichzelf al tot op zekere hoogte informeren over de ervaringen van de centra. Dergelijke transparantie over de donatie- en transplantatieactiviteiten draagt eveneens bij tot het scheppen van het vertrouwen dat nodig is voor donatiebereidheid.³²⁴

3. Verdere juridisering van de sensibilisering

64. Sinds de start van Beldonor is het aantal orgaandonoren gestegen met 50% en werden vijfmaal meer positieve wilsverklaringen geregistreerd.³²⁵ Het lijkt er dus op dat de Beldonor-campagne een zeer gunstige invloed heeft gehad. Dit resultaat stemt overeen met onderzoek uit Spanje, dat aantoont dat de inzet van massamedia aanzienlijk heeft bijgedragen tot het ontstaan van een positieve houding bij het publiek.³²⁶ In 2013 werd dan ook in de ACTOR-studie vastgesteld dat België een voorbeeld is voor de verwezenlijking van prioritaire actie 4 (sensibilisering) uit het Europees Actieplan 2009-2015.³²⁷

Zonder twijfel verdienen de sensibiliseringsinspanningen voortgezet te worden. Is het dan niet wenselijk om deze campagne nog meer juridisch te verankeren in de Orgaantransplantatiewet? Zo zou naar het voorbeeld van Frankrijk, Wales en de Verenigde Staten een bepaling kunnen worden ingevoerd waarmee de minister van Volksgezondheid nadrukkelijk belast wordt met het organiseren van publiekssensibilisering.³²⁸ Dergelijke toevoeging zou vooralsnog echter enkel de bestaande praktijk bevestigen en dus wellicht weinig verschil uitmaken voor het orgaantekort.³²⁹

65. De voornaamste uitdagingen inzake sensibilisering zijn m.i. niet zozeer van juridische aard. Enerzijds rijst de vraag naar de omvang van de sensibiliseringsinspanningen. Sensibilisering (en meer bepaald de bijhorende mediacampagne) kost schaarse middelen.³³⁰ De vraag waarom deze middelen aan orgaandonatie in plaats van andere behartigenswaardige publieke doelstellingen moeten worden besteed, is een beleidsvraag. In ieder geval moet hierbij in acht worden genomen dat sensibilisering op zich niet zal volstaan om het orgaantekort weg te werken. Het stimulerende effect van sensibiliseringcampagnes blijkt immers de neiging te hebben om nogal snel terug weg te ebben³³¹ en sommige knelpunten zullen zelfs helemaal niet door sensibilisering beïnvloed worden³³². Het feit dat er in België nog steeds van een orgaantekort sprake is ondanks uitgebreide sensibiliseringsacties getuigt van de beperkte

³²³ Art. 10/19 KB Transplantatiecentra; art. 19 KB Donorcoördinatie (waar de verslagverplichting enkel betrekking heeft op de aantallen en soorten donoren en orgaanwegnemingen, aangezien transplantaties in principe enkel binnen transplantatiecentra mogen plaatsvinden). Zie uitgebreider *infra* Deel III, Hoofdstuk II, Afd. 1, § 3.

³²⁴ A.-C. SQUIFFLET, o.c. in G. RANDHAWA en S. SCHICKTANZ (eds.), *Public Engagement in Organ Donation and Transplantation*, 2013, (36) 40. Zie ook: F. VAN GELDER *et al.*, o.c., *Acta Chir. Belg.* 2008, (27) 29.

³²⁵ “België blijft koploper orgaandonaties”, 14 januari 2014, www.health.belgium.be.

³²⁶ Mededeling van de Commissie - Actieplan inzake orgaandonatie en transplantatie (2009-2015): hechtere samenwerking tussen de lidstaten, COM(2008)819, <http://eur-lex.europa.eu>, 5. Zie ook: R. COPPEN, *Organ donation, policy and legislation. With special reference to the Dutch Organ Donation Act*, Utrecht, NIVEL, 2010, 84, over de gunstige invloed van een continue educatiecampagne via verschillende media.

³²⁷ NIVEL, *ACTOR study*, 2013, www.ec.europa.eu, 30.

³²⁸ Frankrijk: art. L.1211-3, al. 2 CSP. Wales: sec. 2 Human Transplantation (Wales) Act 2013. VSA: 42 U.S.C. §274c(2) en 42 U.S.C. §274f-1; ACOT Recommendation 11, www.organdonor.gov. Zie voor Zwitserland ook: Trib. Féd. Zwitserland 16 april 1997, *RUDH* 1997, 286, m.n. p. 294-296, waar de lacune daarover in de wet werd betreurd.

³²⁹ Zie ook: Trib. Féd. Zwitserland 16 april 1997, *RUDH* 1997, 286, waar werd betreurd dat de wet geen bepaling omtrent publieksinformatie bevatte, maar dergelijke bepaling niet noodzakelijk werd geacht.

³³⁰ Het gaat om bedragen van ongeveer 40.000 tot 180.000 euro per jaar. Zie: *Vr. en Antw.* Senaat 2011-12, 29 maart 2012 (Vr. nr. 5-6000 ANCIAUX).

³³¹ *Hand.* Senaat 1984-85, 1 juli 1985, 3171. Zie ook: Verslag HANQUET, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 832-2, 4 en 9.

³³² Zie bv. W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties: oorzaken en oplossingen in juridisch perspectief*, Arnhem, Gouda Quint, 1992, 182.

doeltreffendheid van deze acties.³³³ Een uitgebreide bespreking van de middelenallocatie hieromtrent valt evenwel buiten het bestek van dit proefschrift.

Anderzijds rijst de vraag naar de manier waarop aan sensibilisering wordt gedaan. Hierbij moet goed voor ogen worden gehouden dat informatieverstrekking een tweesnijdend zwaard is. Bepaalde negatieve, al dan niet correcte mediaberichten (bv. over orgaanhandel) kunnen de bereidheid tot orgaandonatie juist doen dalen in plaats van stijgen. Hier blijkt de transplantatiepraktijk zeer gevoelig voor te zijn. Zo waarschuwde de Nationale Raad van de Orde van Artsen terecht dat orgaanwegname *“door vele burgers met argwaan wordt gade geslagen en dat één misstap waaraan veel publiciteit wordt gegeven, het hele systeem kan doen in duigen vallen.”*³³⁴ Verschillende ‘schandalen’ uit het buitenland illustreren dit.³³⁵ Voorlichting van de openbare media en ondersteuning door communicatiedeskundigen is dus wenselijk.³³⁶ Ook dit valt buiten het bestek van dit proefschrift.

Afdeling 2. De wijzigingswet van 2012 en orgaankwaliteit

66. Orgaankwantiteit impliceert echter niet noodzakelijk orgaankwaliteit. Toch is ook dit laatste aspect van groot belang. Transplantaten moeten immers vanzelfsprekend in goede staat, vrij van ziekten en geschikt voor de betrokken ontvanger zijn. De risico’s van een orgaantransplantatie moeten zo klein mogelijk worden gehouden.³³⁷ Anders kan dit het doel van orgaantransplantatie, namelijk de genezing van de ontvanger, ondermijnen. Onder impuls van de Europese Unie (*infra* §1) werd de Orgaantransplantatiewet daarom in de laatste jaren aanzienlijk gewijzigd om ook als maatregel ter waarborging van de orgaankwaliteit en – veiligheid te dienen (*infra* §2).

§ 1. HET EUROPEES BELEID INZAKE KWALITEIT EN VEILIGHEID VAN ORGANEN

A. Bevoegdheid

67. Krachtens artikel 168, lid 4, a VWEU hebben het Europees Parlement en de Raad de bevoegdheid om volgens de gewone wetgevingsprocedure maatregelen aan te nemen *“waarbij hoge kwaliteits- en veiligheidseisen worden gesteld aan organen en stoffen van menselijke oorsprong, (...)”*. De aanleiding voor het creëren van deze specifieke bevoegdheid zijn enkele schandalen in verband met ziekteoverdracht door transfusie van besmet bloed sinds de

³³³ J.E.M. AKVELD, *Transplantatie en wetgeving: werkelijkheid en ideaal*, Lelystad, Vermande, 1987, 23, die van publieksvoorlichting slechts een beperkt effect op de orgaanschaarste verwachtte; EDQM, “Organ Shortage: Current Status and Strategies for the Improvement of Organ Donation – A European Consensus Document”, 2003, <http://www.edqm.eu>, nr. 4.6.5 en 4.6.6. en 4.6.8; W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 111 en 113.

³³⁴ Nationale Raad Orde der Geneesheren, “Orgaandonatie. Vaststelling van het overlijden”, *T. Orde Gen.* 1994, nr. 65, 30.

³³⁵ Zie o.a.: de Engelse *Alder Hey-* en *Bristol Royal Infirmary-*schandalen, waarbij de organen van overleden kinderen zonder medeweten van de ouders werden weggenomen en bewaard (cf. A.J. CRONIN en J.F. DOUGLAS, “Non-standard kidneys for transplants: clinical margins, medical morality, and the law”, *Med. L. Rev.* 2013, vol. 21, (448) 457); de Franse *Tesnière-*zaak, waarbij de ogen van een overleden kind zonder toestemming van de ouders werden weggenomen (Trib. Adm. Amiens 4 december 2000, *AJDA* 2001, 790, concl. O. MESMIN; P. DE CRUZ, *Comparative healthcare law*, Londen, Cavendish, 2001, 559; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 25); het Duitse orgaanallocatieschandaal (“Mogelijk ook Belgische patiënten benadeeld in Duits orgaanschandaal”, *De Morgen* 11 januari 2013, 12); de zaak van de Deense Carina Melchior, die hersendood werd beschouwd met het oog op orgaanwegname, maar toch ontwaakte en herstelde (“Onrust in Denemarken nadat orgaandonor uit coma ontwaakt”, *De Morgen* 17 oktober 2012, 14).

³³⁶ Mededeling van de Commissie - Orgaandonatie en transplantatie: beleidsmaatregelen op EU-niveau, COM(2007)275, <http://eur-lex.europa.eu>, 7.

³³⁷ Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer* 2011-12, nr. 53-2158/001, 5.

jaren'80.³³⁸ Om de politieke geloofwaardigheid en het publieke vertrouwen op nationaal vlak veilig te stellen, werd de mogelijkheid tot regulerend optreden via de EU nodig geacht.³³⁹ Met de bevoegdheid van artikel 168, lid 4, a) VWEU kan het verkeer van menselijke organen zo nodig aan de logica van de vrije markt onttrokken worden.³⁴⁰

De begrippen 'kwaliteit' en 'veiligheid' werden echter niet nader gedefinieerd. Er kan worden aangenomen dat het geen synoniemen zijn. Kwaliteit kan meer bepaald de veiligheid omvatten, maar is nog ruimer.³⁴¹ Veiligheid kan dan weer deel uitmaken van de kwaliteit, maar strenge veiligheidsmaatregelen kunnen evenzeer afbreuk doen aan de kwaliteit.³⁴² *In casu* lijkt 'veiligheid' vooral betrekking te hebben op het vermijden van ziekteoverdracht, terwijl 'kwaliteit' meer algemeen het goed functioneren van het transplantaat bij de ontvanger op zo lang mogelijke termijn omvat.³⁴³ Het belang van dit onderscheid mag blijkbaar niet worden overschat, zodat ze hierna telkens in dezelfde adem genoemd zullen worden.

68. De Europese Unie kan de regelgevende kwaliteits- en veiligheidsbevoegdheid slechts uitoefenen indien en voor zover de doelstellingen van het overwogen optreden niet voldoende door de lidstaten kunnen worden verwezenlijkt, maar vanwege de omvang of de gevolgen beter door de Unie kunnen worden bereikt.³⁴⁴ Het opleggen van gemeenschappelijke Europese kwaliteits- en veiligheidsnormen voor organen moet met andere woorden een meerwaarde bieden in vergelijking met louter nationale kwaliteits- en veiligheidsregimes.

Welnu, een wetgevingsenquête van 2003 had aangetoond dat wettelijke normen over kwaliteit en veiligheidsmaatregelen (traceerbaarheid van organen, melding van voorvallen en bijwerkingen, selectiecriteria, tests e.d.) soms ontbreken. Vaak maakten ze 'slechts' het voorwerp uit van professionele of wetenschappelijke praktijkrichtlijnen³⁴⁵ en vertoonden de bestaande normen soms discrepanties tussen de lidstaten onderling.³⁴⁶ Nochtans zijn kwaliteits- en veiligheidsrisico's geen strikt nationaal probleem. Er is sprake van (relatief beperkte) grensoverschrijdende uitwisseling van transplanteerbare organen tussen de lidstaten van de Europese Unie, alsook van patiënten die zich voor transplantatie verplaatsen naar andere lidstaten waar betere kansen op transplantatie bestaan. Orgaanuitwisseling wordt wegens het orgaantekort immers nodig geacht om de kans op het vinden van een kwaliteitsvol, compatibel

³³⁸ B. LURGER, "Art. 152 EGV" in R. STREINZ (ed.), *EUV/EGV: Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, München, Beck, 2003, (1579) 1593, nr. 38; T.K. HERVEY en J.V. MCHALE, *Health Law and the European Union*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, 343-344.

³³⁹ A.-M. FARRELL, "The politics of risk and EU governance of human material", *MJECL* 2009, vol. 16, (41) 42 en 59. Zie i.v.m. de intentie om het publiek vertrouwen veilig te stellen ook: Toelichting bij voorstel voor een Richtlijn, COM(2002) 319 (definitief), <http://eur-lex.europa.eu>, 2; Considerans 3 Richtlijn 2010/53/EU.

³⁴⁰ B. SCHMIDT AM BUSCH, "Art. 152 EGV" in E. GRABITZ, M. HILF en M. NETTESHEIM (eds.), *Das Recht der Europäischen Union. Band III. EUV/EGV*, München, Beck, 1999, (1) 9, nr. 30.

³⁴¹ Zie ook: COUNCIL OF EUROPE, *Guide to safety and quality assurance for organs, tissues and cells*, Straatsburg, Council of Europe Publishing, 2004 (2^{de} ed.), 83, appendix 4 (definitions), waar kwaliteit ruim wordt gedefinieerd als "degree to which a set of characteristics fulfil requirements".

³⁴² Vgl. S. LIERMAN, *Voorzorg, preventie en aansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 50-51.

³⁴³ W. PÜHLER, et al., "Zur Mitteilung der EU-Kommission zu Organspende und -transplantation [KOM (2007) 275 endg.]", *MedR* 2007, (584) 586. Vgl. Hoge Raad 28 januari 2005, AR6458, www.rechtspraak.nl, waar rekening werd gehouden met het verschil tussen de mindere kwaliteit van een goedkoper bloedproduct (de zuiverheid van het stollingsfactorconcentraat en de veiligheid ervan (het risico op HIV-besmetting).

³⁴⁴ Art. 5 VEU. De bevoegdheid van de EU voor het stellen van kwaliteits- en veiligheidsmaatregelen voor menselijke organen is een gedeelde bevoegdheid, wat betekent dat de lidstaten samen met de EU bevoegd zijn, maar dat ze hun bevoegdheid slechts uitoefenen voor zover de Unie haar bevoegdheid niet heeft uitgeoefend of heeft besloten ze niet meer uit te oefenen (art. 2, lid 2 *iuncto* art. 4, lid 2, k VWEU).

³⁴⁵ Dit was eveneens het geval voor België: A.-C. SQUIFFLET, "L'action de l'Union européenne en matière de prélèvement et de transplantation d'organes: commentaires à propos du plan d'action 2009-2015 et de la directive du 7 juillet 2010", *T. Gez.* 2010-11, (382) 393.

³⁴⁶ "Human Organ Transplantation in Europe: an Overview", <http://ec.europa.eu/health>, 11 en 18 (geraadpleegd op 8 juli 2013); Toelichting bij voorstel voor een Richtlijn, COM(2002) 319 (definitief), <http://eur-lex.europa.eu>, 2.

orgaan voor de kandidaat-ontvanger te verhogen.³⁴⁷ Zo begeeft orgaandonatie en –transplantatie zich doorheen verschillende jurisdicties, met mogelijk verschillende regels. Deze realiteit creëerde de behoefte aan *gemeenschappelijke* kwaliteits- en veiligheidsnormen in de lidstaten, opdat dergelijke normen voldoende effect zouden hebben.³⁴⁸ Door overal dezelfde kwaliteits- en veiligheidseisen te stellen, zal de uitwisseling (het verkeer) van organen worden vergemakkelijkt.³⁴⁹ Zo zal ook worden gewaarborgd dat patiënten overal een gelijkwaardige gezondheidsbescherming genieten.³⁵⁰ Bijgevolg werd aangenomen dat de uitvaardiging van Europese regelgeving hierover wel degelijk een meerwaarde zou bieden.³⁵¹

B. Krachtlijnen

69. Concreet werd de bevoegdheid op grond van artikel 168, lid 4, a VWEU uitgeoefend via het uitvaardigen van Richtlijn 2010/53/EU.³⁵² Voordien werden op dezelfde bevoegdheidsgrond ook al Richtlijn 2002/98/EG³⁵³ betreffende de kwaliteit en veiligheid van bloed en bloedbestanddelen, evenals Richtlijn 2004/23/EG³⁵⁴ betreffende de kwaliteit en veiligheid van weefsels en cellen uitgevaardigd. Richtlijn 2010/53/EU vormt met andere woorden het derde luik binnen een Europees kwaliteits- en veiligheidsbeleid omtrent menselijk lichaamsmateriaal. Daarbij moet ook worden gewezen op Actieplan 2009-2015, dat louter als aanvulling op deze richtlijn ook enkele, weliswaar niet-bindende, coördinatiemaatregelen inzake de kwaliteit en veiligheid van organen voorstelt.³⁵⁵

70. Uit welke maatregelen moet het beleid inzake kwaliteit en veiligheid van organen nu inhoudelijk bestaan? Dit is geen evidente vraag, aangezien er over sommige aspecten van orgaantransplantatie nog maar een beperkte wetenschappelijke kennis bestaat.³⁵⁶ Wetenschappelijke onzekerheid bemoeilijkt uiteraard het bepalen van de optimale bescherming tegen de potentiële gevaren. Een te strikt optreden kan o.a. leiden tot stilstand van de medische wetenschap of overdreven protectionisme (bv. verkwisting van mogelijk bruikbare organen);

³⁴⁷ Commission staff working document - Impact Assessment, SEC(2008) 2956, <http://eur-lex.europa.eu>, 16; Toelichting bij voorstel voor een Richtlijn, COM(2002) 319 (definitief), <http://eur-lex.europa.eu>, 6. Zie ook *infra* Deel III, Hoofdstuk II, Afd. 1, § 5.

³⁴⁸ Consideransen 4-6 Richtlijn 2010/53/EU; “Organ Donation and Transplantation Policy Options at EU Level. Consultation Document”, <http://ec.europa.eu>, 5 (geraadpleegd op 8 juli 2013); Mededeling van de Commissie - Orgaandonatie en transplantatie: beleidsmaatregelen op EU-niveau, COM(2007)275, <http://eur-lex.europa.eu>, 3.

³⁴⁹ Toelichting bij voorstel voor een Richtlijn, COM(2002) 319 (definitief), <http://eur-lex.europa.eu>, 4 en 6. Zie ook al: Verslag DETIÈGE, *Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 51-2680/5, 5-6; H.D.C. ROSCAM ABBING, “Human tissue and consumer protection from a European perspective”, *EJHL* 1995, (295) 296, 297-298, 303-304 en 305; H.D.C. ROSCAM ABBING, “Wet op de orgaandonatie: rechtvaardige verdeling van geschikte organen in Europees perspectief”, *TvGR* 1996, (380) 383 en 388.

³⁵⁰ Commission staff working document – Impact Assessment, SEC(2007) 705, <http://eur-lex.europa.eu>, 59.

³⁵¹ Commission staff working document – Impact Assessment, SEC(2007) 705, <http://eur-lex.europa.eu>, 42. Zie ook: Verslag SNOY ET D’OPPUERS (subsidiariteitsadvies), *Parl. St. Kamer* 2008-09, nr. 52-1766/1.

³⁵² Zie aanhef Richtlijn 2010/53/EU.

³⁵³ Richtlijn 2002/98/EG van het Europees Parlement en de Raad van 27 januari 2003 tot vaststelling van kwaliteits- en veiligheidsnormen voor het inzamelen, testen, bewerken, opslaan en distribueren van bloed en bloedbestanddelen van menselijke oorsprong en tot wijziging van Richtlijn 2001/83/EG van de Raad, *Pb. L.* 8 februari 2003, afl. 33, 30.

³⁵⁴ Richtlijn 2004/23/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 tot vaststelling van kwaliteits- en veiligheidsnormen voor het doneren, verkrijgen, testen, bewerken, bewaren en distribueren van menselijke weefsels en cellen, *Pb. L.* 7 april 2004, afl. 102, 48.

³⁵⁵ Mededeling van de Commissie - Actieplan inzake orgaandonatie en transplantatie (2009-2015): hechtere samenwerking tussen de lidstaten, COM(2008)819, <http://eur-lex.europa.eu>, 7.

³⁵⁶ Council conclusions on organ donation and transplantation, *Pb. C.* 21 december 2012, afl. 396, 13 en 14. Zie ook: [Stake holders meeting on organ donation and transplantation, 23 mei 2008, Brussel, http://ec.europa.eu/health/blood_tissues_organ](http://ec.europa.eu/health/blood_tissues_organ), 2; F. EWALD, “Transplantation et principe de précaution” in M.-J. THIEL (ed.), *Donner, recevoir un organe: droit, dû, devoir*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2009, (312) 314, die vermeldt dat sommige transplantaties beter beheerst worden dan andere en daarbij het gebruik van *non-heart-beating* donoren als voorbeeld geeft.

een te soepel optreden kan leiden tot ernstige schade (bv. ziekteoverdracht bij orgaantransplantatie).³⁵⁷

In dit verband is het ‘voorzorgsbeginsel’ van belang. Dit beginsel wordt beschouwd als een beleidsbeginsel voor het omgaan met (gezondheidszorg)kwesties waarbij er redelijkerwijze potentiële (gezondheids)risico’s rijzen, maar waarover er na wetenschappelijke evaluatie een onzekerheid blijkt te bestaan.³⁵⁸ Hierin onderscheidt de voorzorgsaanpak zich van de preventieaanpak. Preventie is immers gericht op het minimaliseren van risico’s waarover wél voldoende wetenschappelijke zekerheid inzake de waarschijnlijkheid, omvang en aard ervan bestaat (‘objectieve risico’s’) op basis waarvan een kosten-batenanalyse mogelijk is.³⁵⁹ Richtlijn 2010/53/EU lijkt zelf al enigszins naar het voorzorgsprincipe te verwijzen door te stellen dat er ‘voorzorgsmaatregelen’ moeten worden genomen voor de bescherming van de volksgezondheid en de voorkoming van ziekteoverdracht door organen.³⁶⁰

71. Concreet vereist het voorzorgsprincipe dat eerst een wetenschappelijke evaluatie van de onzekerheid omtrent het risico in kwestie wordt gemaakt (*risk assessment*) en beslissingsmakers op basis hiervan vervolgens overgaan tot keuze inzake het voorzorgsbeleid (*risk management*).³⁶¹ Krachtens het voorzorgsprincipe kan de beslissingsmaker m.a.w. anticiperend optreden *zonder* dat de risico’s wetenschappelijk volledig bewezen moeten zijn.³⁶² De voorzorgsaanpak betekent niet noodzakelijk dat ze überhaupt maatregelen moeten treffen en evenmin dat deze maatregelen wetgeving moeten zijn. Het gaat er vooral om dat de gemaakte beleidskeuze niet arbitrair is (d.i. goed *risk assessment*) en leidt tot een ‘maatschappelijk aanvaardbaar’ risiconiveau (d.i. goed *risk management*).³⁶³ Wat aanvaardbaar is, wordt bepaald door wetenschappelijke evaluatie te combineren met publieke keuzes op basis van sociale, economische of ethische argumenten.³⁶⁴ Het voorzorgsprincipe kan er dan onder meer toe leiden dat het vrije verkeer wordt beperkt ten behoeve van de gezondheid.³⁶⁵

Specifiek voor orgaantransplantatie kan vooral het vereiste van een ‘maatschappelijk aanvaardbaar’ risiconiveau moeilijkheden opleveren. Zoals gezegd, moet bij orgaantransplantatie niet enkel de orgaankwaliteit, maar ook de orgaankwantiteit hoog worden gehouden.³⁶⁶ Hoewel het voorzorgsprincipe op het eerste gezicht zou kunnen worden ingeroepen voor het eisen van maatregelen die ieder potentieel risico voor de ontvanger

³⁵⁷ Vgl. S. LIERMAN, *Voorzorg, preventie en aansprakelijkheid*, 2004, 56. Zie uitgebreider *infra* Deel VI, Hoofdstuk II, Afd. 1.

³⁵⁸ Dit principe is oorspronkelijk ontstaan in het raam van het milieurecht, maar wordt thans van toepassing geacht op tal van andere materies, waaronder gezondheidszorg. Zie: Communication from the Commission on the precautionary principle, Brussel, 2 februari 2000, COM(2000) 1, <http://ec.europa.eu>, 8, 9, 10, 13 en 15; S. LIERMAN, *Voorzorg, preventie en aansprakelijkheid*, 2004, 74-75 en 95, die ook stelt dat de voorzorgsidee ten aanzien van gezondheidszorg impliciet te vinden is in art. 168, lid 1 VWEU (toenmalig art. 152, lid 1 EU-Verdrag).

³⁵⁹ S. LIERMAN, *Voorzorg, preventie en aansprakelijkheid*, 2004, 48-49. Zie ook: Commission on the precautionary principle, Brussel, 2 februari 2000, COM(2000) 1, http://ec.europa.eu/dgs/health_consumer/library/pub/pub07_en.pdf, 8; P. GROSIEUX, *Principe de précaution et sécurité sanitaire*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d’Aix-Marseille, 2003, 31-32. Zie weliswaar: KAGB, “Advies van 28 juni 2013 over de toepassing van het voorzorgsprincipe in de geneeskunde en in de volksgezondheid”, www.zorg-en-gezondheid.be, waar dit onderscheid vaak veeleer vaag wordt geacht.

³⁶⁰ Considerans 3 Richtlijn 2010/53/EU.

³⁶¹ S. LIERMAN, *Voorzorg, preventie en aansprakelijkheid*, 2004, 97, 100-101, 102 e.v., 118 en 242, die ook nog wijst het belang van transparantie in het besluitvormingsproces (*risk communication*).

³⁶² P. GROSIEUX, *Principe de précaution et sécurité sanitaire*, 2003, 33; N. DE SADELEER, “The Precautionary Principle in EC Health and Environmental Law”, *ELJ* 2006, (139) 139.

³⁶³ Zie uitvoerig: Communication from the Commission on the precautionary principle, Brussel, 2 februari 2000, COM(2000) 1, <http://ec.europa.eu>, 13-16. Zie ook: N. DE SADELEER, *o.c.*, *ELJ* 2006, (139) 160, over de verschillende factoren die de aanvaardbare risicograad bepalen.

³⁶⁴ F. EWALD, *o.c.* in M.-J. THIEL (ed.), *Donner, recevoir un organe*, 2009, (312) 315-316.

³⁶⁵ S. LIERMAN, *o.c.* in G. VAN CALSTER en E. VOS (eds.), *Risico en voorzorg in de rechtsmaatschappij*, 2004, (47) 50.

³⁶⁶ Zie *supra* Afd. 1 van dit Hoofdstuk. Zie ook: F. EWALD, *o.c.* in M.-J. THIEL (ed.), *Donner, recevoir un organe*, 2009, (312) 315 en 316.

eliminieren (m.n. een strikte *donor deferral policy*), is dit toch niet zo vanzelfsprekend indien deze maatregelen het aanbod aan organen in gedrang zouden brengen.³⁶⁷ Er is een evenwichtige aanpak vereist. De therapeutische baten van orgaantransplantatie pleiten namelijk voor een zekere tolerantie ten aanzien van de risico's.³⁶⁸ Ontvangers verkeren vaak in een kritieke situatie, wat maakt dat risico's minder snel voldoende ernstig zullen zijn opdat een voorzorgsaanpak tot verbodsbepalingen mag leiden.³⁶⁹ Deze redenering geldt niet enkel ten aanzien van onbekende risico's in het kader van voorzorg, maar ook ten aanzien van bekende risico's in het kader van preventie. Deze evenwichtsoefening zal nog verder worden uitgediept bij bespreking van de rechtsverhouding tussen zorgverleners en ontvanger.³⁷⁰

De bovenstaande redenering heeft er alvast toe geleid dat Richtlijn 2010/53/EU een flexibele richtlijn is geworden. Zo bevat ze wel het juridisch basiskader, maar schrijft ze geen gedetailleerde beleidsmaatregelen voor (*'framework approach'*).³⁷¹ Deze flexibele aanpak verschilt van de strikte, meer gedetailleerde aanpak bij Richtlijn 2004/23/EG betreffende de kwaliteits- en veiligheidsnormen voor weefsels en cellen, waar bv. werd voorzien in concrete uitsluitingscriteria voor donoren.³⁷² Dit kan verklaard worden doordat er bij het gebruik van weefsels en cellen immers meer tijd beschikbaar is om kwaliteits- en veiligheidstesten uit te voeren en doordat dit lichaamsmateriaal vaak minder grote gezondheidsbaten dan bij orgaantransplantatie voor de ontvanger oplevert.³⁷³

§ 2. OMZETTING NAAR BELGISCH RECHT.

72. Een Europese richtlijn is verbindend ten aanzien van het resultaat, maar laat aan de nationale autoriteiten de vrijheid om de vorm en de middelen te bepalen.³⁷⁴ Een richtlijn heeft in principe dus geen directe werking ten aanzien van burgers, maar moet eerst door de nationale wetgever worden omgezet in het nationale recht.³⁷⁵ Dit gebeurde in België met de wet van 3 juli 2012.³⁷⁶ Sindsdien bepaalt artikel 3*bis*, lid 1 Orgaantransplantatiewet op algemene wijze dat er een kader voor kwaliteit en veiligheid moet worden opgesteld voor alle stadia van de keten van donatie tot transplantatie (of verwijdering). De bedoeling is dat dit kader betrekking heeft op het personeel en de organisatie, de gebouwen, de uitrusting, de materialen, audits en de documentatie en registratie van gegevens.³⁷⁷ Dit kader moet leiden tot een adequaat

³⁶⁷ Vgl. V. DERCKX en H. ROSCAM ABBING, "Patients' Right to Health Protection and Quality and Safety of Blood products", *EJHL* 2005, (153) 158.

³⁶⁸ Vgl. S. LIERMAN, *Voorzorg, preventie en aansprakelijkheid*, 2004, 108.

³⁶⁹ In gelijkaardige zin: F. EWALD, o.c. in M.-J. THIEL (ed.), *Donner, recevoir un organe*, 2009, (312) 314.

³⁷⁰ Zie *infra* Deel VI, Hoofdstuk II.

³⁷¹ Commission staff working document - Impact Assessment, SEC(2008) 2956, <http://eur-lex.europa.eu>, 29. Zie ook: "Report on the Open Consultation: Policy options for organ donation and transplantation at EU level", <http://ec.europa.eu/health>, 6; 1st National Expert Meeting on Organ Donation and Transplantation at Community Level – Summary Report, 13 juli 2007, Brussel, http://ec.europa.eu/health/blood_tissues_organs, 4; Considerans 6, Richtlijn 2010/53/EU: "(...) dezelfde elementaire kwaliteits- en veiligheidswaarborgen (...)"

³⁷² Commission staff working document - Impact Assessment, SEC(2008) 2956, <http://eur-lex.europa.eu>, 30-31.

³⁷³ Zie *supra* Deel I, Hoofdstuk I, Afd. 2, § 1 en § 3.

³⁷⁴ Art. 288, lid 3 VWEU.

³⁷⁵ P. VAN NUFFEL, "Technieken van doorwerking van EU-recht in het Belgische privaatrecht" in I. SAMOY, V. SAGAERT en E. TERRY (eds.), *Invloed van het Europese recht op het Belgische privaatrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, (1) 15. Dit moet echter genuanceerd worden. De nationale wetgeving moet immers steeds conform het Europese recht geïnterpreteerd worden en strijdige nationale regels kunnen buiten toepassing worden gelaten (*Ibid.*, 8-9 en 24-32).

³⁷⁶ Wet van 3 juli 2012 tot wijziging van de wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen en de wet van 19 december 2008 inzake het verkrijgen en het gebruik van menselijk lichaamsmateriaal met het oog op de geneeskundige toepassing op de mens of het wetenschappelijk onderzoek, *BS* 24 augustus 2012. Zie in verband met kwaliteit en veiligheid vóór deze wet slechts: vorig art. 3 Orgaantransplantatiewet (impliciet); vorig art. 4, 1^o, b) en vorig art. 8, § 2 KB van 24 november 1997 betreffende het wegnemen en toewijzen van organen van menselijke oorsprong, *BS* 23 december 1997. In de praktijk bestonden wel uitgebreidere kwaliteits- en veiligheidsrichtlijnen (Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2011-12, nr. 53-2158/1, 6).

³⁷⁷ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2011-12, nr. 53-2158/1, 17; considerans 9 Richtlijn 2010/53/EU.

risicobeheer en maximalisatie van de voordelen doorheen alle stadia van donatie tot transplantatie.³⁷⁸

Artikel 3*bis*, lid 1 Orgaantransplantatiewet is de vrijwel letterlijke overname van artikel 4, lid 1 Richtlijn 2010/53/EU. Het zorgen voor een kwaliteits- en veiligheidskader is overeenkomstig deze laatste bepaling evenwel een verplichting van de lidstaten. De herhaling van deze verplichting in de Orgaantransplantatiewet heeft dan ook weinig toegevoegde waarde, zoals de Raad van State terecht opmerkte. Het doel van de verplichting uit de Europese richtlijn wordt er namelijk niet door bereikt. Artikel 3*bis*, lid 1 kan in dit opzicht dus als overbodig worden beschouwd.³⁷⁹ De wetgever wou het algemeen principe van een kwaliteits- en veiligheidskader toch in de wet opnemen opdat elke burger hiervan kennis zou kunnen nemen.³⁸⁰ Maar ook bij wijze van informatieverstrekking is artikel 3*bis*, lid 1 m.i. overbodig. De waarborging van kwaliteit en veiligheid blijkt immers al uit de andere bepalingen, die de eigenlijke kwaliteits- en veiligheidsmaatregelen voorschrijven en verderop in dit proefschrift nog op verschillende plaatsen uitgebreider aan bod komen. Het gaat meer bepaald om artikelen 3*bis* t.e.m. 3*sexies* Orgaantransplantatiewet. De precieze uitwerking van deze regels gebeurde bij KB.³⁸¹ Het uitwerken van een kwaliteits- en veiligheidskader conform Richtlijn 2010/53/EU leidde ertoe dat het wettelijk kader voor orgaantransplantatie aanzienlijk in omvang en techniciteit is toegenomen, wat niet steeds tot heldere regelgeving leidt.

73. In lijn met de flexibiliteitsgedachte achter Richtlijn 2010/53/EU bepaalt de Belgische regelgeving echter niet steeds zelf tot in detail welke kwaliteits- en veiligheidsmaatregelen precies moeten worden getroffen. Voor verschillende aspecten bestaat ‘slechts’ de verplichting voor de betrokken actoren tot het uitwerken van zogenaamde *werkprocedures*. Dit zijn schriftelijke instructies waarin de stappen van een bepaald proces worden beschreven, met inbegrip van de te gebruiken materialen en methoden en het verwachte eindresultaat.³⁸² Via dergelijke werkprotocollen kan voldoende flexibiliteit en vrijheid worden gelaten aan de lokale gezondheidszorginstellingen om de concrete uitwerking zelf te regelen met het oog op een vlotte praktijk.³⁸³ Het betreft een juridisch verankerde vorm van zelfregulering met de wettelijke garantie dat over de betreffende aspecten is gereflecteerd op het werkveld. Door de voortgang van procedures vooraf te plannen en de verantwoordelijkheden van het personeel toe te bedelen, zal tijdverlies vermeden kunnen worden, wat vermoedelijk een positieve, stimulerende invloed op het orgaanaanbod heeft en de lasten op het ziekenhuispersoneel verlicht.³⁸⁴

³⁷⁸ Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2011-12, nr. 53-2158/1, 5-6. Dit kadert in het ruimere doel om een hoog niveau van bescherming van de gezondheid van de mens te waarborgen (art. 1 Richtlijn 2010/53/EU).

³⁷⁹ Advies van de Raad van State nr. 50.683/3, *Parl. St. Kamer* 2011-12, nr. 53-2158/1, 56.

³⁸⁰ Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2011-12, nr. 53-2158/1, 8.

³⁸¹ Zie voor een bondig overzicht van de nieuwe KB's: X., “Orgaantransplantatie”, *NJW* 2012, 798-800.

³⁸² Art. 1*ter*, 13° Orgaantransplantatiewet; art. 1/1, 18° KB Transplantatiecentra. Conform art. 3, p) en art. 4, § 2 Richtlijn 2010/53/EU.

³⁸³ A.-M. FARRELL, “Adding Value? EU Governance of Organ Donation and Transplantation”, *EJHL* 2010, (51) 70.

³⁸⁴ W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 164, 169 en 239-244, die terecht stelt dat deze voordelen opwegen tegen de lasten van het op schrift stellen; M. SCHLOTTERER, “Les règles de bonnes pratiques de prélèvement d’organes. Garanties de qualité et de sécurité” in R. CARVAIS en M. SASPORTES (eds.), *La greffe humaine: (in)certitudes éthiques: du don de soi à la tolérance de l'autre: dialogue pluridisciplinaire sur "la greffe, le don et la société"*, Parijs, Presses universitaires de France, 2000, (727) 741.

Hoofdstuk II. Handhaving

74. Het orgaantransplantatiebeleid is voorzien van een meerlagige handhaving. Zo wordt telkens bescherming geboden aan verschillende belangen, namelijk het belang van de samenleving, de individuele belangen van schadelijders (denk m.n. aan ontvangers en donoren), alsook de belangen van het beroep van arts. Concreet gaat het respectievelijk om een strafrechtelijke handhaving (afd. 1), een burgerrechtelijke handhaving (afd. 2) en een tuchtrechtelijke handhaving (afd. 3).

Afdeling 1. Strafrechtelijk karakter

75. De Orgaantransplantatiewet kent - althans in theorie - een sterk handhavingsmechanisme via de strafrechtbanken. De Orgaantransplantatiewet koppelt immers een strafrechtelijke aansprakelijkheid aan het overtreden van (de meeste van) haar bepalingen en die van haar uitvoeringsbesluiten. Hierdoor geeft de wetgever te kennen dat de materie niet enkel de betrokken individuen, maar de hele samenleving aanbelangt.

Artikel 17 Orgaantransplantatiewet, dat voorziet in deze strafrechtelijke beteugeling, bevat meestal niet zelf de norm die niet mag overtreden worden. De constitutieve bestanddelen van de misdrijven zijn te vinden in de bepalingen waarnaar artikel 17 Orgaantransplantatiewet verwijst. Doorgaans gaat het om strafbaarstellingen die verplichtingen van de arts sanctioneren.³⁸⁵

76. Telkens gaat het om wanbedrijven die worden bestraft met een gevangenisstraf en/of een geldboete. De precieze strafmaat kan verschillen naargelang de overtreden norm. Voor rechtspersonen zoals het ziekenhuis zal hiervan enkel de geldboete mogelijk zijn (art. 7*bis* Sw.). De geldboeten moet zoals steeds worden verhoogd met de opdecimen (thans maal zes).³⁸⁶ De voorgeschreven straffen kunnen worden verdubbeld in geval van herhaling binnen vijf jaar vanaf de dag van de rechterlijke eindbeslissing tot veroordeling.³⁸⁷ De Orgaantransplantatiewet is een bijzondere strafwet. Overeenkomstig artikel 100 Sw. zijn de algemene regels van het Strafwetboek hierop van toepassing. De Orgaantransplantatiewet preciseert dat ook de regels van de deelneming (mededaderschap en medeplichtigheid) van toepassing zijn.³⁸⁸ Eveneens werd gepreciseerd dat verzachtende omstandigheden toegepast kunnen worden.³⁸⁹

77. Het strafrechtelijke karakter van de bepalingen in de Orgaantransplantatiewet³⁹⁰ heeft een belangrijk gevolg voor de inhoud van deze wet. Zo wordt de strafwet geacht van openbare orde te zijn,³⁹¹ zodat men er sowieso niet bij overeenkomst kan van afwijken (art. 6 BW).

³⁸⁵ Zie: Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 1984-1985, nr. 832-1, 12-13.

³⁸⁶ Art. 1 wet van 5 maart 1952 betreffende de opdécimes op de strafrechtelijke geldboeten, *BS* 3 maart 1952, laatst gewijzigd door art. 2 wet van 28 december 2011 houdende diverse bepalingen inzake justitie (II), *BS* 30 december 2011. Zie ook art. 2 wet van 26 juni 2000 betreffende de invoering van de euro in de wetgeving die betrekking heeft op aangelegenheden als bedoeld in artikel 78 van de Grondwet, *BS* 29 juli 2000, waaruit volgt dat de bedragen van art. 17 Orgaantransplantatiewet, oorspronkelijk uitgedrukt in frank, moet worden gelezen als rechtstreeks uitgedrukt in euro.

³⁸⁷ Art. 18 Orgaantransplantatiewet.

³⁸⁸ Art. 100 Sw. *juncto* art. 19 Orgaantransplantatiewet.

³⁸⁹ Art. 100 Sw. *juncto* art. 19 Orgaantransplantatiewet.

³⁹⁰ Uiteraard kunnen enkel de bepalingen die strafrechtelijk worden gesanctioneerd, als strafwet worden beschouwd (Vgl. T. GOFFIN, *De professionele autonomie van de arts*, 2011, 21).

³⁹¹ A. DIERICKX, *Toestemming en strafrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 198, 200-201 en 217-219.

Overeenkomsten die van de strafrechtelijke gesanctioneerde bepalingen in de Orgaantransplantatiewet afwijken, staan bloot aan absolute nietigheid.

Een tweede belangrijk gevolg betreft de interpretatie. Iedere strafwet moet het legaliteitsbeginsel vastgelegd in artikel 12, lid 2 en 14 GW respecteren. Krachtens dit (kern)principe (van het strafrecht) kan enkel een wet gedragingen strafbaar stellen.³⁹² Dit legaliteitsprincipe impliceert het *lex certa*-principe. Het betekent dat de wetgever in voldoende nauwkeurige, duidelijke en rechtszekere bewoordingen moet bepalen welke feiten strafbaar zijn, zodat de rechtsonderhorige op basis van de bepaling zelf of op basis van de context waarin de bepaling zich bevindt, voldoende kan inschatten welke gedragingen strafbaar zijn. Dit vloeit immers voort uit de achterliggende idee van het legaliteitsbeginsel.³⁹³ Een en ander heeft gevolgen voor de interpretatie van deze bepalingen. De strafrechter heeft wel enige beoordelingsvrijheid, maar moet zich logischerwijze houden aan de eis van voldoende nauwkeurige, duidelijke en rechtszekere bewoordingen.³⁹⁴ De rechter moet de wet in principe dan ook restrictief interpreteren. Dit houdt meer precies in dat hij ze wel volgens hun normale gangbare betekenis mag interpreteren of volgens het doel van de wetgever,³⁹⁵ maar ze niet mag uitbreiden.³⁹⁶ Het al dan niet duidelijke karakter van de strafwet mag weliswaar beoordeeld worden in het licht van de persoon tot wie ze is gericht, met name diens hoedanigheid of bijzondere vertrouwdsheid met de materie en de mogelijkheid om over goede informatie te beschikken.³⁹⁷ Doorgaans zal de Orgaantransplantatiewet zich richten tot de (ziekenhuis-)artsen, van wie toch wel enigszins verwacht mag worden dat ze zich goed kunnen laten informeren. Daarnaast mag ter beoordeling van het voorzienbaar en toegankelijke karakter van de strafwet ook rekening gehouden worden met de aard van de materie. Complexe materies of het fundamenteel karakter van het te beschermen rechtsgoed kunnen verantwoorden dat de wet minder precies is en dat de strafrechter dus een grotere beoordelingsmarge toekomt.³⁹⁸ Bepaalde aspecten van orgaantransplantatie hebben zonder twijfel betrekking op zo'n fundamenteel rechtsgoed.

Afdeling 2. Burgerrechtelijk karakter

78. Naast het strafrecht kan uiteraard ook het algemene burgerrechtelijke aansprakelijkheidsrecht voor de handhaving van de Orgaantransplantatiewet een rol spelen. Dit geldt zowel voor de bepalingen die strafrechtelijk gesanctioneerd kunnen worden, als de bepalingen die niet strafrechtelijk gesanctioneerd kunnen worden. Bij de burgerrechtelijke aansprakelijkheid staat het belang van de individuele schadelijder centraal via de vergoeding voor geleden schade.

Er zijn verschillende aansprakelijkheidsgronden die van toepassing zouden kunnen zijn in een medische context. De precieze voorwaarden hangen af van de aansprakelijkheidsgrond waarop een beroep wordt gedaan. Vaak (maar niet altijd) zal het gaan om een vorm van

³⁹² Zie ook: art. 7 EVRM; art. 15 IVBPR; art. 2 Sw.; C. VAN DEN WYNGAERT m.m.v. S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen. Deel I*, Antwerpen, Maklu, 2011 (8^{ste} ed.), 76.

³⁹³ Cass. 10 januari 2012, *TMR* 2012, 574, noot; C. VAN DEN WYNGAERT m.m.v. S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen. Deel I*, 2011 (8^{ste} ed.), 77; J. ROZIE, "Het begrip onroerend goed in het licht van de autonomie van het strafrecht" in J. ROZIE (ed.), *Het onroerend goed in het straf(proces)recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 4, nr. 7.

³⁹⁴ C. VAN DEN WYNGAERT m.m.v. S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen. Deel I*, 2011 (8^{ste} ed.), 77.

³⁹⁵ Cass. 10 januari 2012, *TMR* 2012, 574, noot.

³⁹⁶ C. VAN DEN WYNGAERT m.m.v. S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen. Deel I*, 2011 (8^{ste} ed.), 82-88.

³⁹⁷ Cass. 10 januari 2012, *TMR* 2012, 574, noot.

³⁹⁸ Cass. 10 januari 2012, *TMR* 2012, 574, noot.

foutaansprakelijkheid. Hierbij wordt gesteund op het bestaan van een fout die de schade heeft veroorzaakt (art. 1382 BW). Deze drie voorwaarden (fout, schade en oorzakelijk verband) moeten tegelijk vervuld zijn. Men neemt aan dat er reeds sprake is van een fout wanneer wetens en willens een wetsbepaling (gebod of verbod) wordt overtreden.³⁹⁹ In dit opzicht kan het wettelijk vastleggen van kwaliteits- en veiligheidsverplichtingen, alsook van wegnemingsvoorwaarden en orgaanverdelingscriteria het foutbewijs vergemakkelijken.

Het burgerrechtelijke foutbegrip is echter ruimer. De algemene regel is dat men een fout begaat indien men niet heeft gehandeld zoals een normaal zorgvuldig en vooruitziend persoon, geplaatst in dezelfde omstandigheden, zou hebben gehandeld. Dit is de zogenaamde algemene zorgvuldigheidsnorm of de “*bonus pater familias*”-norm.⁴⁰⁰ De algemene zorgvuldigheidsnorm kan zo fungeren als een vangnet voor de aspecten die niet in de Orgaantransplantatiewet worden geregeld of gesanctioneerd. Welke aansprakelijkheidsgronden precies van belang zijn inzake orgaantransplantatie zal in dit proefschrift preciezer worden aangegeven waar dit relevant is.

Afdeling 3. Verhouding met het medisch tuchtrecht

79. Naast de rechtsnormen die werden uitgevaardigd door de nationale wetgever, bestaat er nog een ander normenstelsel dat in het bijzonder van belang kan zijn voor artsen die betrokken zijn bij orgaantransplantatie. Het gaat met name om de deontologische normen en het bijhorende tuchtrecht.

De Nationale Raad van de Orde van geneesheren heeft op basis van zijn bevoegdheid uit het KB nr. 79 de Code van geneeskundige plichtenleer opgesteld.⁴⁰¹ Deze code bevat de algemene beginselen en regels betreffende de zedelijkheid, de eer, de bescheidenheid, de eerlijkheid, de waardigheid en de toewijding die onontbeerlijk zijn voor de uitoefening van het beroep van arts.⁴⁰² Artikel 53 van de Code gaat specifiek over orgaantransplantatie. Deze bepaling bevat summier enkele gedragsregels voor zowel orgaan- en weefselwegneming bij een levend persoon (“*ex vivo*”), als orgaanwegneming bij een overledene (“*post mortem*”). Al vóór de Orgaantransplantatiewet gebruikte men deze bepaling als specifiek, doch onvolledig en onvoldoende precies aanknopingspunt inzake orgaantransplantatie.⁴⁰³ Uiteraard moet verder ook rekening gehouden worden met de meer algemene regels, zoals artikel 34 Code Geneeskundige Plichtenleer dat de arts verplicht tot het zorgvuldig en gewetensvol toedienen van zorgen die stroken met de geldende wetenschappelijke kennis.

Naast de Code zijn ook de specifieke adviezen van de Nationale Raad over orgaantransplantatie van belang.⁴⁰⁴ Bovendien werd op 6 januari 1987 in het raam van de Internationale Conferentie van de Orden der Geneesheren te Parijs een Europese Handleiding voor Medische Ethiek goedgekeurd. Ook door de Belgische Orde van geneesheren werd deze

³⁹⁹ Cass. 22 september 1988, *Arr. Cass.* 1988-89, 94; Cass. 3 oktober 1994, *Arr. Cass.* 1994, 807; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 137-138, nr. 190-191.

⁴⁰⁰ T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, Antwerpen, Maklu, 1992, nrs. 142 e.v.; H. VANDENBERGHE, “Medische aansprakelijkheid” in H. VANDENBERGHE (ed.), *De professionele aansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2004, 45 e.v., nrs. 86 e.v.; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 125 e.v.

⁴⁰¹ Te raadplegen op www.ordomedic.be.

⁴⁰² Art. 15, § 1, lid 1 KB nr. 79.

⁴⁰³ S. OSCHINSKY, “Les travaux du Conseil de l’Europe dans le domaine du droit de la médecine”, *JT* 1980, (1) 4; J. VANDE MOORTELE, “Het wegnemen en transplanteren van organen volgens de Belgische wet”, *VI. T. Gez.* 1988-89, (318) 318-319, waar ook wordt verwezen naar een advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren.

⁴⁰⁴ Zie www.ordomedic.be.

handleiding onderschreven.⁴⁰⁵ Ze wordt hier vermeld omdat ze eveneens regels over orgaanwegneming na overlijden bevat (artikelen 14-16).

80. De tuchtrechtelijke handhaving van de deontologie gebeurt via de provinciale raden van de Orde van geneesheren. Deze zijn in het algemeen bevoegd om ten aanzien van de artsen onder hun rechtsmacht te waken over het naleven van de regelen van de medische plichtenleer en over de handhaving van de eer, de bescheidenheid, de eerlijkheid en de waardigheid van de artsen.⁴⁰⁶ De Code van geneeskundige plichtenleer heeft tot op heden weliswaar geen bindende kracht.⁴⁰⁷ Dit neemt evenwel niet weg dat de provinciale raden de bepalingen van de Code kunnen citeren en ze in hun beslissingen alsnog als deontologische regels kunnen beschouwen, zonder ze evenwel rechtstreeks rechtsgevolgen te laten ressorteren.⁴⁰⁸ De tuchtoverheid mag zich echter niet enkel op de bepaling uit de Code baseren, maar moet vaststellen dat de schending van deze regel de eer of de waardigheid van het beroep schendt.⁴⁰⁹ Ook de adviezen van de Nationale Raad zijn niet-bindend,⁴¹⁰ maar kunnen wel als inspiratiebron dienen. Hetzelfde gaat op voor de Europese Handleiding voor Medische Ethiek.⁴¹¹

Om hun handhavingstaak te vervullen, kunnen de provinciale raden preventief optreden.⁴¹² Daarnaast kunnen ze ook repressief een bepaald aantal tuchtmaatregelen⁴¹³ treffen indien de arts een *fout* heeft begaan in of naar aanleiding van de uitoefening van zijn beroep, of bij een zware fout die de eer of de waardigheid van het beroep aantast, buiten de beroepsbedrijvigheid.⁴¹⁴ De tuchtrechtelijke fout is niet beperkt tot technische fouten.⁴¹⁵ Dit foutbegrip maakt een ruime toetsing van de orgaanwegnemings- en transplantatieactiviteit mogelijk. Hoe dan ook moet de tuchtoverheid steeds de (Orgaantransplantatie-)wet naleven. Voor de overtreding van de wet kan een procedure voor het Hof van Cassatie gestart worden.⁴¹⁶ De strafrechter of de burgerlijke rechter is daarentegen niet gebonden door de deontologie of de uitspraak van de tuchtrechter, maar kan zich er wel door laten inspireren.⁴¹⁷

⁴⁰⁵ Nationale Raad van de Orde der Geneesheren, “Europese handleiding voor medische ethiek”, *T. Orde Gen.* 1987, afl. 35, 36 of www.ordomedic.be.

⁴⁰⁶ Art. 6, 2° KB nr. 79 van 10 november 1967 betreffende de Orde der geneesheren, *BS* 14 november 1967.

⁴⁰⁷ Voor kritiek: S. CALLENS *et al.*, “Het aanbod in de gezondheidszorg” in S. CALLENS en J. PEERS (eds.), *Organisatie van de gezondheidszorg*, Antwerpen, Intersentia, 2008, (37) 212. Overeenkomstig art. 15, § 1, lid 2 KB nr. 79 zou de Code nochtans wel via KB bindend kunnen worden verklaard.

⁴⁰⁸ Cass. 17 maart 1978, *RDP* 1982, 899, noot C. LOUVEAUX; H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, Mechelen, Kluwer, 2005, 81, nr. 180; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2010, 76.

⁴⁰⁹ Cass. 2 december 1993, *RW* 1994-95, 99 en *Pas.* 1993, I, 1023.

⁴¹⁰ RvS 9 juni 1993, *VL T. Gez.* 1993, 56.

⁴¹¹ A. DE KOEKELAERE, “Geneeskunde, bio-ethiek en recht”, *RW* 1993-94, (481) 484.

⁴¹² H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 2005, 120-121, nr. 267; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2010, 78.

⁴¹³ Het gaat met name om de waarschuwing, de censuur, de berisping, de schorsing in het recht de geneeskunde uit te oefenen gedurende twee jaar of minder en de schrapping van de lijst van de Orde (art. 16, lid 1 KB nr. 79).

⁴¹⁴ Art. 6, 1° en 2° KB nr. 79.

⁴¹⁵ H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 2005, 2005, 77, nr. 170.

⁴¹⁶ Art. 23, lid 1 KB nr. 79. De tuchtoverheid is bovendien gebonden door hetgeen de strafrechter zeker en noodzakelijk heeft beslist. Zie: Cass. 21 maart 1986, *Arr. Cass.* 1985-86, 1008; Cass. 15 oktober 1987, *Arr. Cass.* 1987-88, 188.

⁴¹⁷ G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2010, 75-76; J.-M. HUBAUX, *Les droits et obligations du patient*, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 1998, 26.

Hoofdstuk III. Toepassingsgebied

81. Om de reikwijdte van het orgaantransplantatiebeleid te bepalen, moet logischerwijze naar het toepassingsgebied van de Orgaantransplantatiewet worden gekeken. Krachtens haar artikel 1 is deze wet van toepassing op het “*doneren, testen, karakteriseren, wegnemen, conserveren, vervoeren en transplanteren van organen bestemd voor transplantatie*”.⁴¹⁸ Deze omschrijving is overgenomen uit artikel 2 Richtlijn 2010/53/EU. Ter verduidelijking kan een opdeling worden gemaakt tussen drie componenten: organen (afd. 1), de handelingen (afd. 2) en het oogmerk (afd. 3).

Afdeling 1. Organen

82. Eerst moet het juridisch onderscheid tussen organen en ander lichaamsmateriaal verduidelijkt worden (§ 1). In functie daarvan kan vervolgens de draagwijdte van de term ‘orgaan’ vanuit juridisch perspectief geanalyseerd worden (§ 2) om tot slot een kritische evaluatie van die term uit te voeren (§ 3).

§ 1. HET JURIDISCH ONDERSCHIED TUSSEN ORGANEN EN ANDER LICHAAMSMATERIAAL

83. Zoals gezegd, kennen zowel cellen als weefsels en organen toepassingen in de transplantatiegeneeskunde.⁴¹⁹ Het is aldus van belang de regelgeving inzake transplantatie van organen eerst duidelijk af te bakenen van de overige regelgeving inzake lichaamsmateriaal. Hiervoor moet vooral de verhouding met de algemene Wet Menselijk Lichaamsmateriaal geduid worden (*infra* A) om vervolgens de nood aan een aparte orgaantransplantatiewet te verklaren (*infra* B).

A. Verhouding met de Wet Menselijk Lichaamsmateriaal

1. Ontstaan van de Wet Menselijk Lichaamsmateriaal

84. Ondanks haar titel was de Orgaantransplantatiewet aanvankelijk niet louter van toepassing op organen, maar eveneens op ander lichaamsmateriaal. In het raam van het toenmalig artikel 1, § 3 Orgaantransplantatiewet was dan ook een KB van 15 april 1988⁴²⁰ met betrekking tot weefselbanken tot stand gekomen. Dit KB beperkte zich echter tot het wegnemen, bereiden, bewaren, distribueren, vervoeren en afleveren van weefsels en dit enkel met het oog op allogeen therapeutisch gebruik. Ondertussen werd het gebruik van cellen (o.a. stamcellen uit navelstrengbloed) steeds belangrijker. Ook (al dan niet uitgesteld) autoloog gebruik trad meer op de voorgrond. Deze nieuwe evoluties maakten dat de regeling in het raam van de Orgaantransplantatiewet ontoereikend was geworden.⁴²¹

Aanvankelijk werd nog getracht om op basis van het toenmalig artikel 1, § 3 Orgaantransplantatiewet een aangepaste regeling voor deze nieuwe evoluties uit te vaardigen met het KB van 23 december 2002.⁴²² Hiermee zou onder andere bewaring met het oog op

⁴¹⁸ Art. 1, lid 1 Orgaantransplantatiewet.

⁴¹⁹ Zie *supra* Deel I, Hoofdstuk I, Afd. 1.

⁴²⁰ BS 29 april 1988.

⁴²¹ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2003-04, nrs. 51-0473/001 en 51-0474/001, 74.

⁴²² BS 11 februari 2003.

uitgesteld autoloog gebruik van cellen verboden worden. Dit KB werd echter aangevochten voor de Raad van State, afdeling Administratie, door AG Cryo-Cell, een stamcelbank die stamcellen uit navelstrengbloed bewaarde voor uitgesteld autoloog gebruik. De Raad van State besloot het bestreden KB eerst te schorsen en vervolgens te vernietigen, omdat toenmalig artikel 1, § 3 van de Orgaantransplantatiewet, die toen enkel van toepassing was op allogeen gebruik, geen rechtsgrond voor het KB bood.⁴²³

Ondertussen was de wetgever reeds tegemoetgekomen aan de kritiek van de Raad van State door met de programmawet van 22 december 2003⁴²⁴ het toepassingsgebied van de Orgaantransplantatiewet uit te breiden tot cellen en tot autoloog therapeutisch gebruik, om zo de bestaande praktijken van weefsel- en celbanken aan banden te kunnen leggen.⁴²⁵ Een nieuw KB bleef echter uit. Dit kwam wellicht doordat ondertussen ook de omzetting van Richtlijn 2004/23/EG van 31 maart 2004 betreffende kwaliteits- en veiligheidsnormen voor het gebruik van menselijke weefsels en cellen zich opdroeg.⁴²⁶ En deze richtlijn werd op haar beurt gevolgd door uitvoeringsrichtlijnen 2006/17/EG van 8 februari 2006 en 2006/86/EG van 24 oktober 2006, die eveneens een omzetting vereisten.

Nadat verschillende wetsvoorstellen over een regeling van weefsels en cellen werden ingediend,⁴²⁷ leidden al deze ontwikkelingen uiteindelijk tot de wet van 19 december 2008 inzake het verkrijgen en het gebruik van menselijk lichaamsmateriaal met het oog op de geneeskundige toepassing op de mens of het wetenschappelijk onderzoek⁴²⁸ (verkort: Wet Menselijk Lichaamsmateriaal). Met deze wet beoogde de wetgever een *globale* wettelijke regeling voor diverse handelingen met menselijk lichaamsmateriaal, met name weefsels en (stam-)cellen. Tegelijk was het de bedoeling om Richtlijn 2004/23/EG om te zetten in het Belgische recht.⁴²⁹ Men zag in dat men hiervoor niet kon verder bouwen op de Orgaantransplantatiewet, die wegens haar specifieke finaliteit en context hiertoe ongeschikt was.⁴³⁰ In tegenstelling tot de Orgaantransplantatiewet was het de bedoeling om niet enkel therapeutische transplantaties, maar elke toepassing op de mens, evenals wetenschappelijk onderzoek te regelen. Dit ambitieuze opzet bleek juridisch-technisch echter geen sinecure. De Wet Menselijk Lichaamsmateriaal werd al door verschillende auteurs gehokeld als (te) complex (bv. terminologisch moeilijk te interpreteren, vele uitzonderingen) en dus weinig toegankelijk.⁴³¹

⁴²³ RvS24 februari 2003, nr. 116.329; RvS 2 oktober 2003, nr. 123.739 en RvS 24 februari 2005, nr. 141.137 AG Cryo-cell Zwitserland, www.raadvst-consetat.be.

⁴²⁴ BS 31 december 2003, in het bijzonder art. 156 e.v.

⁴²⁵ Memorie van toelichting, *Parl. St.* kamer 2003-04, nr. 51-0473/001, 74; Verslag TEMSAMANI, *Parl. St.* kamer 2003-04, nr. 51-0473/029, 6 e.v.

⁴²⁶ Onder meer op aandringen van de Nationale Raad van de Orde van geneesheren, die de praktijk van commerciële weefsel- en celbanken beschouwde als een mogelijke bedreiging voor de gelijke toegang tot de gezondheidszorg: Advies van de Nationale Raad van de Orde van Geneesheren van 22 december 2007 betreffende de problematiek van de weefsel- en celbanken - winst oogmerk, www.ordomedic.be.

⁴²⁷ Zie voor een overzicht: Verslag VIENNE en TILMANS, *Parl. St.* Senaat 2007-08, nr. 4-825/5, 3-4.

⁴²⁸ BS 30 december 2008, err. BS 4 maart 2009, err. BS 19 oktober 2009.

⁴²⁹ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 2007-08, nr. 4-825/1, 4.

⁴³⁰ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 2007-08, nr. 4-825/1, 2.

⁴³¹ S. PANIS en N. VAN GELDER, "De Wet Menselijk Lichaamsmateriaal van 19 december 2008: een grondige analyse", *T. Gez.* 2010-11, (217)217, nr. 2; H. NYS, "Bloed, zweet en tranen. Kritische ontleding van de wet van 19 december 2008 inzake het verkrijgen en het gebruik van menselijk lichaamsmateriaal", *RW* 2009-10, (178) 178 en 189; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2010, 745-746.

2. Organen in de Wet Menselijk Lichaamsmateriaal

85. De Wet Menselijk Lichaamsmateriaal is meer bepaald van toepassing op “*de donatie, de wegneming, het verkrijgen, testen, bewerken, conserveren, bewaren, distribueren en gebruiken van menselijk lichaamsmateriaal, bestemd voor de toepassing op de mens of het wetenschappelijk onderzoek*”.⁴³² Menselijk lichaamsmateriaal wordt gedefinieerd als “*elk biologisch lichaamsmateriaal, met inbegrip van menselijke weefsels en cellen, embryo’s, foetussen, evenals substanties die eruit worden onttrokken, welke ook hun graad van bewerking is*”.⁴³³ Deze opsomming is niet limitatief. De wet is immers van toepassing op *elk* biologisch lichaamsmateriaal. Dit betekent dat *ook organen* in het raam van de Wet Menselijk Lichaamsmateriaal als menselijk lichaamsmateriaal te beschouwen zijn.⁴³⁴ Dankzij haar ruim toepassingsgebied kan de Wet Menselijk Lichaamsmateriaal worden beschouwd als een *lex generalis* betreffende het gebruik van menselijke lichaamsdelen.⁴³⁵ De Orgaantransplantatiewet is dan veeleer een *lex specialis*.

Onder (geneeskundige) toepassing op de mens verstaat de Wet Menselijk Lichaamsmateriaal “*het gebruik van menselijk lichaamsmateriaal op of in een menselijke ontvanger, met inbegrip van de extracorporele toepassing*”.⁴³⁶ Dit omvat onder meer de transplantatie van lichaamsmateriaal. De handelingen met betrekking tot *organen bestemd voor transplantatie* vallen weliswaar buiten het toepassingsgebied van de Wet Menselijk Lichaamsmateriaal. Dit wordt uitdrukkelijk bevestigd in artikel 3, § 3, a) Wet Menselijk Lichaamsmateriaal. Hoewel deze bepaling enkel spreekt van het *wegnemen* van organen, zoals bedoeld in de Orgaantransplantatiewet, geldt de uitsluiting ook voor de andere handelingen in de Orgaantransplantatiewet, die als *lex specialis* voorrang heeft op de algemene Wet Menselijk Lichaamsmateriaal.⁴³⁷ Pas wanneer een handeling niet onder het toepassingsgebied van de Orgaantransplantatiewet zou vallen, kan de Wet Menselijk Lichaamsmateriaal worden ingeschakeld.⁴³⁸

B. Nood aan een bijzondere wet voor transplantatie van organen

86. Om het toepassingsgebied van de Orgaantransplantatiewet te begrijpen, is het voorafgaand van belang om de *reden* van het juridisch onderscheid tussen organen enerzijds en weefsels en cellen anderzijds te kennen. Helaas hebben de Belgische of de Europese regelgevers nooit een uitgewerkte redenering hierover te kennen gegeven. Logischerwijze moet het antwoord gezocht worden aan de hand van de aspecten die de Orgaantransplantatiewet al dan niet regelt.

Een aspect dat al sinds 1986 door de Orgaantransplantatiewet wordt geregeld is de wegneming van lichaamsmateriaal. Volgens B. Dickens zou het onderscheid tussen organen en ander lichaamsmateriaal gemaakt kunnen worden op basis van het feit dat organen hoofdzakelijk bij overledenen zouden moeten worden weggenomen, terwijl weefsels veeleer van levende

⁴³² Art. 3, § 1, lid 1 Wet Menselijk Lichaamsmateriaal.

⁴³³ Art. 2, 1° Wet Menselijk Lichaamsmateriaal. Zie ook de franstalige versie, waar wordt gesproken over “*tout matériel biologique humain (...)*”.

⁴³⁴ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2011-12, nr. 53-2158/1, 10; S. PANIS en N. VAN GELDER, *o.c.*, *T. Gez.* 2010-11, (217) 218, nr. 5, 219, nr. 7 en 221, nr. 13.

⁴³⁵ S. PANIS en N. VAN GELDER, *o.c.*, *T. Gez.* 2010-11, (217) 222, nr. 15.

⁴³⁶ Art. 2, 20° Wet Menselijk Lichaamsmateriaal.

⁴³⁷ Verslag FLAHAUX, *Parl. St.* Kamer 2008-09, nr. 52-1409/004, 39; S. PANIS en N. VAN GELDER, *o.c.*, *T. Gez.* 2010-11, (217) 219, nr. 8.

⁴³⁸ Vgl. G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2010, 745.

donoren afkomstig zijn.⁴³⁹ Dit onderscheidscriterium is echter niet pertinent. Enerzijds is ook bij weefsels het belang van overleden donoren groot. Anderzijds zijn ook bij organen levende donaties mogelijk en hebben deze een belangrijker aandeel in de praktijk.⁴⁴⁰ Ook het feit dat van bloed en weefsels slechts delen worden weggenomen of dat ze regenereren schijnt geen bepalende invloed te hebben.⁴⁴¹ Ook van organen kunnen slechts delen worden weggenomen en sommige organen kunnen bovendien regenereren. Het wegnemingsaspect lijkt tot dusver dus geen doorslaggevend argument om het juridisch verschil tussen organen en ander lichaamsmateriaal te rechtvaardigen.

87. Na de wegneming rijst de vraag welke activiteiten ten aanzien van het lichaamsmateriaal kunnen worden gesteld. Volgens de Belgische wetgever was een aparte regelgeving nodig omdat de finaliteit en context van de Orgaantransplantatiewet te sterk verschillen om te dienen als een regeling voor de diverse activiteiten met weefsels en cellen.⁴⁴² Hiermee doet de wetgever vermoeden dat het onderscheid te maken heeft met het feit dat sommige handelingen wel geschieden met weefsels en cellen, maar niet met organen. In het eerste hoofdstuk van dit deel werd al vastgesteld dat weefsels en cellen in tegenstelling tot organen lang bewaard kunnen worden en daardoor vatbaar zijn voor allerlei bewerkingen.⁴⁴³ Organen kunnen daarentegen niet lang bewaard worden om ze nog te gebruiken voor transplantatiedoeleinden. Aldus is een verschillende regeling op het vlak van bewaring, bewerking en vervoer gerechtvaardigd.⁴⁴⁴ Het onderscheidscriterium is dus het feit dat organen niet lang bewaard kunnen blijven.

88. Via Richtlijn 2010/53/EU werden ten slotte verschillende kwaliteits- en veiligheidswaarborgen met betrekking tot de activiteiten doorheen het hele orgaantransplantatieproces ingevoerd. Voor organen werden andere kwaliteits- en veiligheidsregels opgesteld dan voor weefsels en cellen. Deze laatsten werden ingevoerd met een afzonderlijke richtlijn (Richtlijn 2004/23/EG). Zoals eerder al gezegd, bestaat er een *trade-off* tussen kwaliteit en veiligheid enerzijds en het vergroten van het orgaanaanbod anderzijds. De Europese regelgever ging ervan uit dat er in het licht van het orgaantekort een evenwicht moest worden gevonden tussen enerzijds de behoefte aan organen voor transplantatie en anderzijds de noodzaak om een hoog niveau aan kwaliteit en veiligheid te verzekeren.⁴⁴⁵ Hoewel werd toegegeven dat het gebruik van organen, weefsels en cellen deels dezelfde problemen vertoonde,⁴⁴⁶ vond men toch dat transplantatie van organen wegens de

⁴³⁹ B. DICKENS, "Donation and transplantation of organs and tissues" in A. GRUBB (ed.), *Principles of medical law*, Oxford, Oxford University Press, 2004 (2^{de} ed), (1025) 1028.

⁴⁴⁰ Zie ook: L. GAUM *et al.*, "Tissue and corneal donation and transplantation in the UK", *British Journal of Anaesthesia* 2012, vol. 108, (i43) i46, waar wordt gesteld dat een onderscheid tussen weefsel- en orgaandonoren kunstmatig is.

⁴⁴¹ In dezelfde zin: N. NEFUSSY-LEROY, *Organes humains: prélèvements, dons, transplantations*, Parijs, Eska, 1999, 214.

⁴⁴² Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 2007-08, 4-825/1, 2.

⁴⁴³ Bv. celkweek of verwerking in medische hulpmiddelen: Toelichting bij voorstel voor een Richtlijn, COM(2002) 319 (definitief), <http://eur-lex.europa.eu>, 2. Zie ook: C. TROUET, *Van lichaam naar lichaamsmateriaal: recht en het nader gebruik van cellen en weefsels*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 9-10, nr. 10 en 13, nr. 17.

⁴⁴⁴ Vgl. N. NEFUSSY-LEROY, *Organes humains*, 1999, 214-215; J.-R. BINET, "Respect et protection du corps humain" in J. BECQUE (ed.), *Juris Classeur: droit civil*, Parijs, Éditions techniques, 2006, currens, art. 16 à 16-13: fasc. 20, nr. 47 en fasc. 22, nr. 8; Memorie van toelichting bij Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 30; Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité over het Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van kwaliteits- en veiligheidsnormen voor het doneren, verkrijgen, testen, bewerken, bewaren en distribueren van menselijke weefsels en cellen, *Pb. C.* 8 april 2003, afl. 85, 48. *Contra*: WMA Statement on Human Tissue for Transplantation (S-2007-01-2007), <http://www.wma.net>.

⁴⁴⁵ Bijlage bij advies van de Commissie, COM(2004) 80 (definitief), <http://eur-lex.europa.eu>.

⁴⁴⁶ Considerans 9 Richtlijn 2004/23/EG. Consideransen 2 en 14 Richtlijn 2004/23/EG; Toelichting bij voorstel voor een Richtlijn, COM(2002) 319 (definitief), <http://eur-lex.europa.eu>, 4.

orgaanschaarste⁴⁴⁷ en wegens de grote baten ervan meer risico's toelaat in termen van kwaliteit en veiligheid dan bij behandelingen met bloed of de meeste weefsels en cellen.⁴⁴⁸ Voor organen is m.a.w. een meer flexibele kwaliteits- en veiligheidsaanpak vereist. Het grote orgaantekort vormt in combinatie met het therapeutisch belang van organen aldus een tweede onderscheidscriterium.

§ 2. DEFINIËRING VAN 'ORGAAN'

89. De wetgever heeft een eigen wettelijke definitie van 'orgaan' vooropgesteld. Deze juridische definitie moet logischerwijze de kenmerken omvatten, die een bijzondere regeling noodzakelijk maken. Ze moet met andere woorden de redenen van het onderscheid met ander lichaamsmateriaal weerspiegelen.

Een 'orgaan' wordt gedefinieerd als *“een gedifferentieerd deel van het menselijk lichaam, dat is opgebouwd uit verschillende weefsels, en zijn structuur, vascularisatie en het vermogen om met een aanzienlijke autonomie fysiologische functies te ontwikkelen, behoudt”*.⁴⁴⁹ Deze definitie is oorspronkelijk overgenomen uit artikel 3, e) Richtlijn 2004/23/EG en vervolgens aangepast in navolging van artikel 3, h) Richtlijn 2010/53/EU. Ook de WHO heeft deze definitie als een standaardomschrijving aangenomen. Op basis van deze definitie moet lichaamsmateriaal cumulatief over verschillende eigenschappen beschikken opdat het juridisch als 'orgaan' kan worden gekwalificeerd. De complexe wettelijke definitie kan ter verduidelijking worden besproken aan de hand van vier kenmerken: A) een lichaamsdeel, B) van een menselijke bron, C) met een welbepaalde anatomie en D) niet uitdrukkelijk zijn uitgesloten van de wet.

A. Een lichaamsdeel

90. Organen zijn delen van *het lichaam*. Het begrip 'het lichaam' wordt echter niet gedefinieerd. Ook in andere wetteksten werd geen omschrijving gevonden. Men kan dus terugvallen op haar gewone betekenis, zijnde een *“geheel van botten, vlees en organen van mens of dier”*.⁴⁵⁰ Het betreft met andere woorden een biologisch, anatomisch verschijnsel.⁴⁵¹

In de rechtsleer wordt het lichaam doorgaans geacht te eindigen met de dood.⁴⁵² Men verwijst vanaf dan naar dit biologische geheel als 'het lijk'.⁴⁵³ Strikt genomen zou deze opvatting betekenen dat organen uit een lijk juridisch gezien geen organen zijn en niet onder de

⁴⁴⁷ A.-C. SQUIFFLET, *o.c.*, *Ann. dr. Louvain* 2011, (357) 377.

⁴⁴⁸ Informal Meeting related to Blood, Tissues and Cells, and Organs – Report, 29 juli 2005, Brussel, http://ec.europa.eu/health/blood_tissues_organ, 3; Toelichting bij voorstel voor een Richtlijn, COM(2002) 319 (definitief), <http://eur-lex.europa.eu>, 5; “Organ Donation and Transplantation Policy Options at EU Level. Consultation Document”, <http://ec.europa.eu/health>, 3; Mededeling van de Commissie - Orgaandonatie en transplantatie: beleidsmaatregelen op EU-niveau, COM(2007)275, <http://eur-lex.europa.eu>, 11; Commission staff working document – Impact Assessment, SEC(2007) 705, <http://eur-lex.europa.eu>, 49; Commission staff working document - Impact Assessment, SEC(2008) 2956, <http://eur-lex.europa.eu>, 81, voetnoot 77; A.-M. FARRELL, *o.c.*, *EJHL* 2010, (51) 53 en 78; A.-M. FARRELL, *o.c.*, *MJECL* 2009, vol. 16, (41) 57-58; considerans 11 Richtlijn 2010/53/EU. Zie ook: Memorie van toelichting Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 31; F.L. DELMONICO, “A Report of the Amsterdam Forum On the Care of the Live Kidney Donor: Data and Medical Guidelines”, *Transplantation* 2005, vol. 79, (s53) s61; J.-R. BINET, *o.c.* in J. BECQUE (ed.), *Juris Classeur: droit civil*, 2006, currens, art. 16 à 16-13: fasc. 22, nr. 8.

⁴⁴⁹ Art. 1ter, 6° Orgaantransplantatiewet. De Wet Menselijk Lichaamsmateriaal hanteert dezelfde orgaandefinitie (art. 2, 7°), zodat wat hierna wordt gezegd *mutatis mutandis* opgaat.

⁴⁵⁰ Dikke Van Dale, tw. Lichaam.

⁴⁵¹ R. DIERKENS, *Lichaam en lijk. Raakpunten van recht en geneeskunde*, Brugge, die Keure, 1962, 25, nrs. 28-29.

⁴⁵² Zie over de vaststelling van de dood: *infra* Deel V, Hoofdstuk I.

⁴⁵³ R. DIERKENS, *Lichaam en lijk*, 1962, 25, nr. 30 en 135, nr. 203; C. TROUET, *Van lichaam naar lichaamsmateriaal*, 2003, 12, nr. 15.

Orgaantransplantatiewet vallen. Gelet op het feit dat de Orgaantransplantatiewet regels bevat m.b.t. orgaanwegneming na overlijden, alsook gelet op de wettelijke definitie van ‘donor’⁴⁵⁴ zou deze interpretatie echter tegenstrijdig en manifest onjuist zijn. Het begrip ‘lichaam’ mag hier, in tegenstelling tot wat doorgaans wordt aangenomen, dus niet aan de hand van haar al dan niet functioneren worden ingevuld. Het vormen van een biologisch geheel volstaat.

91. Een orgaan is een *deel* van het lichaam ofwel een eenheid van lichaamsmateriaal. Hoewel dit laatste begrip veelvuldig wordt gebruikt in de Wet Menselijk Lichaamsmateriaal, wordt het op zich niet gedefinieerd. Vroeger werd wel eens gesteld dat lichaamsmateriaal materiaal betreft dat reeds van het lichaam of het lijk is afgescheiden.⁴⁵⁵ Dit kan nu niet meer volgehouden worden. Noch uit de definitie van orgaan, noch uit het gebruik van het begrip orgaan of lichaamsmateriaal in de Orgaantransplantatiewet, dan wel in de Wet Menselijk Lichaamsmateriaal kan dit worden afgeleid. Een ‘orgaan’ kan zich bijgevolg zowel binnen, als buiten het lichaam bevinden. Dit neemt niet weg dat de afscheiding nog wel een invloed kan hebben op het juridisch statuut van organen.⁴⁵⁶

Hoe dan ook kunnen het lichaam of het lijk *in hun geheel* niet als orgaan worden beschouwd. Concreet houdt dit onder andere in dat afstand van het lijk (bv. aan een universitaire instelling) niet is onderworpen aan de regels van de Orgaantransplantatiewet. Voorlopig bestaat geen specifieke wettelijke regeling voor lijkdonatie.⁴⁵⁷ De universitaire ziekenhuizen aan wie lijken voor opleidingsdoeleinden worden gedoneerd, hanteren zo hun eigen regeling.

B. Menselijk karakter

92. Men kan juridisch slechts spreken van een orgaan indien het gaat om een deel van het *menselijk* lichaam. Zoals gezegd, tracht men wegens het orgaantekort ook dierlijke organen aan te wenden als alternatieve bron van te transplanteerbaar lichaamsmateriaal (xenotransplantatie). Hoewel het hier louter anatomisch gezien eveneens over organen gaat, vertonen deze in principe niet de vereiste menselijke herkomst en vallen handelingen met dierlijke organen dus buiten het toepassingsgebied van de Orgaantransplantatiewet.⁴⁵⁸

C. Welbepaalde anatomie en fysiologie

1. Differentiatie

93. Uit de juridische definitie van organen blijkt dat het moet gaan om lichaamsmateriaal met een welbepaalde anatomie. Deze anatomie moet worden beoordeeld ten aanzien van de eenheid van lichaamsmateriaal die wordt gebruikt. Allereerst wordt bepaald dat een orgaan een *gedifferentieerd* karakter bezit. Differentiatie houdt in dat het geheel zich ontwikkelt tot een eenheid met bepaalde eigenschappen en een eigen karakter.⁴⁵⁹ Enkel stamcellen zijn niet-gedifferentieerd. Dit criterium heeft dus maar een zeer beperkte afbakeningswaarde en lijkt zelfs overbodig in het licht van de hiernavolgende criteria.

⁴⁵⁴ Zie art. 1ter, 2° Orgaantransplantatiewet en *infra* Afd. 2, § 1, B.2. van dit Hoofdstuk.

⁴⁵⁵ C. TROUET, *Van lichaam naar lichaamsmateriaal*, 2003, 9, nr. 9 en 12, nr. 14.

⁴⁵⁶ Zie met name *infra* Deel III, Hoofdstuk I, Afd. 1, § 2, B.

⁴⁵⁷ T. VANSWEEVELT, “Het juridische statuut van het lijk” in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (1559).

⁴⁵⁸ Zie ook: *Vr. en Antw.* Kamer 1996-97, 13 januari 1997, 10153, *Vr.* nr. 280 H. BROUNS.

⁴⁵⁹ A.A.F. JOCHEMS en F.W.M.G. JOOSTEN, *Coelho Zakwoordenboek der Geneeskunde*, Doetinchem, Elsevier, 2009, 220.

2. Aanwezigheid van bepaalde kenmerken en hun behoud

94. Vervolgens wordt vereist dat er een aantal eigenschappen worden ‘behouden’. Deze eigenschappen zijn meer bepaald de structuur, de vascularisatie en het vermogen om fysiologische functies uit te oefenen. Helaas heeft noch de Europese, noch de Belgische regelgever verduidelijkt hoe deze voorwaarde geïnterpreteerd moet worden. Er kan logischerwijze worden gepleit om ze zoveel mogelijk op functionele wijze te interpreteren in geval van twijfel. Zoals gezegd, is de meest plausibele functie van de orgaandefinitie om enkel betrekking te hebben op lichaamsmateriaal dat snel getransplanteerd moet worden en dus niet eerst aan bewaring en bewerking onderworpen wordt. De beoordeling van de kenmerken en hun behoud moet steeds in deze context gebeuren.

95. Onder *structuur* kan men de bouw en samenstelling van het orgaan verstaan.⁴⁶⁰ De Orgaantransplantatiewet bepaalt zelf dat een orgaan moet zijn opgebouwd uit *verschillende weefsels*. Deze wet bevat zelf echter geen definitie van weefsels. Voor de toepassing van de Wet Menselijk Lichaamsmateriaal worden weefsels wel gedefinieerd als “*alle delen van het menselijk lichaam die uit cellen bestaan*”.⁴⁶¹ Deze omschrijving biedt ten aanzien van organen slechts weinig afbakening. Behoudens de cellen zelf bestaan immers alle delen van het menselijke lichaam uit cellen.⁴⁶² Onder cellen moeten krachtens de Wet Menselijk Lichaamsmateriaal worden verstaan de “*afzonderlijke cellen van menselijke oorsprong of een verzameling van cellen van menselijke oorsprong die niet door bindweefsel met elkaar verbonden zijn*”.⁴⁶³ De begrippen ‘weefsels’ en ‘cellen’ uit de Wet Menselijk Lichaamsmateriaal, zoals overgenomen uit artikel 3, a) en b) Richtlijn 2004/23/EG, zouden ten behoeve van de samenhang tussen verwante wetgeving kunnen worden gebruikt om het begrip weefsels uit de Orgaantransplantatiewet in te vullen, ware het niet dat deze hiertoe niet precies genoeg zijn. De definities van weefsels en cellen uit de Wet Menselijk Lichaamsmateriaal lijken veeleer geconstrueerd om ze van elkaar te onderscheiden binnen deze wet. Dit leidt tot het besluit dat de term weefsels uit de Orgaantransplantatiewet in haar gewone, anatomische betekenis moet worden ingevuld. Het omvat dan met name bindweefsels (bv. bloed), steunweefsels (bv. kraakbeen, bot), spierweefsel en zenuwweefsel.⁴⁶⁴ Juridisch gezien mag een orgaan niet slechts uit één type weefsels bestaan, maar moeten er minstens twee onderscheiden soorten in voorkomen. Dit sluit meteen ook uit dat één weefsel of een (losse groep) cel(-len) op zich als orgaan worden beschouwd.

Het vereiste van behoud van de structuur is wellicht gericht op het maken van een onderscheid met lichaamsmateriaal dat aanzienlijk bewerkt wordt alvorens te worden gebruikt voor transplantatie.⁴⁶⁵ Het behoud van structuur vereist dat het getransplanteerde deel opgebouwd is uit verschillende weefsels. Wanneer bv. de pancreas wordt weggenomen voor de isolatie en transplantatie van pancreaseilandjes, dan zal er geen behoud van structuur van de pancreas zijn. Het pancrasspecimen zou voor de isolatie immers eerst ‘verteerd’ moeten worden

⁴⁶⁰ A.A.F. JOCHEMS en F.W.M.G. JOOSTEN, *Coelho*, 2009, 866.

⁴⁶¹ Art. 2, 3° Wet Menselijk Lichaamsmateriaal.

⁴⁶² Hetzelfde kan gezegd worden voor de definitie van (dierlijk) weefsel in art. 9ter, b) KB van 18 maart 1999 betreffende medische hulpmiddelen (BS 14 april 1999).

⁴⁶³ Art. 2, 2° Wet Menselijk Lichaamsmateriaal.

⁴⁶⁴ Vgl. W. PÜHLER en M. HÜBNER, “Komplexe Gewebe – komplexe Fragen”, *MedR* 2013, (11) 12.

⁴⁶⁵ Dergelijk materiaal zou veeleer thuishoren in de Wet Menselijk Lichaamsmateriaal. Zie *supra* Afd. 1, § 1 van dit Hoofdstuk.

met bepaalde enzymen.⁴⁶⁶ Tijdens de wegneming gaat het nog wel om een orgaan, maar het zal niet gaan om een transplantatie van dit orgaan als zodanig, zodat de Orgaantransplantatiewet dan niet van toepassing is.⁴⁶⁷ De Wet Menselijk Lichaamsmateriaal zal dan van toepassing zijn, aangezien het voor deze wet niet uitmaakt welke de graad van bewerking van het lichaamsmateriaal is.⁴⁶⁸

96. De *vascularisatie* is de doorgroeiing met bloedvaten.⁴⁶⁹ Organen moeten juridisch gezien steeds gevasculariseerd zijn. Wat is de bedoeling van dit vereiste? Uit de medische literatuur is gebleken dat de mate van vascularisatie van het transplantaat een invloed heeft op immunologische reactie van de ontvanger.⁴⁷⁰ Weliswaar valt niet meteen in te zien waarom de sterkere immunologische reactie van orgaantransplantaten juist een juridisch onderscheid rechtvaardigt. Eveneens is gebleken dat de vascularisatie een invloed heeft op de snelheid waarmee het lichaamsmateriaal afsterft. Daarom kan de bedoeling van de vascularisatievoorwaarde beter worden gezocht in het onderscheiden van lichaamsmateriaal dat niet kan worden verwerkt en bewaard voor transplantatie. Organen zouden in principe gevasculariseerde transplantaten zijn die onmiddellijke herverbinding van de bloedvoorziening vereisen voor hun levensvatbaarheid, in tegenstelling tot weefsels en cellen die niet (noodzakelijk) gevasculariseerd zijn.⁴⁷¹

Voor de vascularisatievoorwaarde volstaat het dat er bloedvaten aanwezig zijn. Uiteraard kan het niet de bedoeling zijn dat het orgaan ononderbroken een bloedperfusie of -doorstroming zou genieten. Dit is immers nooit het geval bij transplantatie, zodat anders nooit van een orgaan in de zin van de wet sprake zou zijn.

Aanvankelijk werd in het KB Transplantatiecentra vereist dat organen hun functies uitoefenen via de orgaangebonden vascularisatie en niet via een spontane neovascularisatie.⁴⁷² Sinds de omzetting van Richtlijn 2010/53/EU wordt deze voorwaarde echter niet meer gesteld.

97. Onder *fysiologische functies* moeten de natuurlijke verrichtingen van het orgaan verstaan worden (bv. pompfunctie van het hart, de hormonale functie van de pancreas).⁴⁷³ Volgens de Franstalige versie van de wettekst moet het behoud van *zowel* het vermogen om fysiologische functies uit te oefenen, *als* de vascularisatie en de structuur plaatsvinden op een

⁴⁶⁶ J. EMAMAULEE en J. SHAPIRO, "Islet Transplantation Using Living Donors" in R.W.G. GRUENNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, New York, McGraw-Hill Medical, 2008, (429) 434.

⁴⁶⁷ Bij analogie kan eenzelfde redenering gemaakt worden ten aanzien van o.a. hepatocytisolatie uit een weggenomen lever (zie ook: Advies nr. 8695 van 6 april 2011 van de Hoge Gezondheidsraad, "Transplantatie van humane hepatocyten: klinische indicaties, therapeutische waarde, vergelijking met levertransplantatie en kwaliteitsnormen", <http://www.health.belgium.be>, 2 en 9-10) of hoornvliesextractie uit weggenomen oogbollen. Vgl. daarentegen met de VS: 42 U.S.C. § 273 (c), waar de organisatie van de wegneming van pancreaseilandjes wel onder dezelfde regels als die voor de organisatie van organen worden geplaatst.

⁴⁶⁸ Art. 2, 1° Wet Menselijk Lichaamsmateriaal. Vgl. Meeting of the Competent Authorities for Tissues and Cells – Summary Report, 7-8 juni 2012, http://ec.europa.eu/health/blood_tissues_organ, 6, waar werd verwezen naar het toepassingsgebied van de Richtlijn 2004/23/EG wegens het complexe *banking*-proces.

⁴⁶⁹ A.A.F. JOCHEMS en F.W.M.G. JOOSTEN, *Coëlho*, 947.

⁴⁷⁰ Zie *supra* Deel I, Hoofdstuk I, Afd. 2, § 2.

⁴⁷¹ Vgl. Memorie van toelichting Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int, nr. 30>.

⁴⁷² Oud art. 2, § 1, lid 2 KB van 23 juni 2003 houdende vaststelling van de normen waaraan een transplantatiecentrum moet voldoen om te worden erkend als medische dienst zoals bedoeld in artikel 44 van de wet op de ziekenhuizen, gecoördineerd op 7 augustus 1987, *BS* 7 augustus 1987, zoals opgeheven door art. 3 KB van 10 november 2012 tot wijziging van het koninklijk besluit van 23 juni 2003 houdende vaststelling van de normen waaraan een transplantatiecentrum moet voldoen om te worden erkend als medische dienst zoals bedoeld in artikel 44 van de wet op de ziekenhuizen, gecoördineerd op 7 augustus 1987, *BS* 23 november 2012.

⁴⁷³ Vgl. A.A.F. JOCHEMS en F.W.M.G. JOOSTEN, *Coëlho*, 331.

overwegend autonome wijze.⁴⁷⁴ Dit lijkt te betekenen dat er met betrekking tot elk van deze kenmerken slechts een beperkte manipulatie mag geschieden om ze te behouden.

Krachtens de Nederlandstalige en Duitstalige tekstversies betreft het vereiste van ‘aanzienlijke autonomie’ daarentegen *enkel* het behoud van het vermogen om fysiologische functies uit te oefenen.⁴⁷⁵ Dit lijkt te betekenen dat het moet gaan om een functionele eenheid.⁴⁷⁶ Dit lijkt eveneens te betekenen dat er voor de vascularisatie en de structuur geen begrenzing geldt qua manipulatie om voor het behoud van deze kenmerken te zorgen. Enkel voor het behoud van de fysiologische functie is een beperkte manipulatie toegelaten.

De incoherentie tussen beide formuleringen valt te betreuren. Ten aanzien van discrepanties of fouten in de taalversies van richtlijnen schrijft de Raad van State, afdeling wetgeving, voor om te opteren voor de taalversie die het best de bedoeling van de richtlijn weerspiegelt.⁴⁷⁷ Uit de *ratio legis* van Richtlijn 2010/53/EU kan evenwel niet zo eenvoudig worden afgeleid welke tekstversie de juiste is. De Engelstalige versie van Richtlijn 2010/53/EU sluit aan bij de Nederlands- en Duitstalige formulering, die voorlopig bij wijze van meerderheidsformulering als de ‘juiste’ kan worden beschouwd. Een correctie van de Franstalige tekst van de wet lijkt dus aangewezen.

Het lijkt hoe dan ook niet te zijn vereist dat het lichaamsdeel ononderbroken zijn fysiologische functies moet uitoefenen. In de huidige praktijk zou het lichaamsdeel dan ophouden een orgaan te zijn vanaf de wegneming. Dit kan niet de bedoeling zijn. Het volstaat dat het vermogen om fysiologische functies uit te oefenen, bewaard blijft met een aanzienlijke autonomie. Er wordt geen volledige autonomie vereist. Bij iedere orgaantransplantatie komt immers preservatie kijken. Dit veronderstelt een bepaalde manipulatie. Zonder deze preservatie zouden organen hun vermogen verliezen om fysiologische functies uit te oefenen. Men kan echter niet gaan stellen dat dit het orgaan onvoldoende autonoom zou maken, want dan zou geen enkel lichaamsmateriaal nog als orgaan kunnen doorgaan. Wanneer men bv. het orgaan moet combineren met medische hulpmiddelen opdat het zijn functies kan uitoefenen, dan is er uiteraard geen aanzienlijke autonomie meer en zal de Orgaantransplantatiewet in principe niet van toepassing zijn.

3. Samengestelde weefsels

98. Vóór de wetswijziging van 3 juli 2012 moest het betreffende lichaamsmateriaal een *vitaal* karakter vertonen om juridisch als orgaan te worden gekwalificeerd. Dit was in het algemeen geen probleem voor *solid organs* zoals bv. het hart, de longen en de lever. Het vereiste van een vitaal karakter verhinderde daarentegen wel dat zogenaamde samengestelde weefsels of complexe gevasculariseerde allogreffes,⁴⁷⁸ zoals bv. een hand, maar moeilijk als orgaan in de juridische zin worden beschouwd.⁴⁷⁹ In verband met (transplantatie van) (delen van) het gezicht kon weliswaar nog discussie bestaan. Er kon namelijk worden geargumenteed dat het

⁴⁷⁴ Art. 1ter, 6° Orgaantransplantatiewet en art. 3, h) Richtlijn 2010/53/EU: “(...) *qui maintient, de façon largement autonome, sa structure, sa vascularisation et sa capacité à exercer des fonctions physiologiques.*”

⁴⁷⁵ Art. 1ter, 6° Orgaantransplantatiewet en art. 3, h) Richtlijn 2010/53/EU: “(...) *dat (...) zijn structuur, vascularisatie en vermogen om met een aanzienlijke autonomie fysiologische functies te ontwikkelen, behoudt.*”

⁴⁷⁶ Vgl. T. GUTMANN en J. WIESE, “Zum rechtlichen Status von “vascularized composite allografts””, *MedR* 2014, (84) 85.

⁴⁷⁷ RAAD VAN STATE, *Beginselen van de wetgevingstechniek*, www.raadvst-consetat.be, 115 (geraadpleegd op 2 november 2013).

⁴⁷⁸ Zie reeds *supra* Deel I, Hoofdstuk I, Afd. 1, § 2, D.

⁴⁷⁹ Dit type lichaamsmateriaal viel daarom aanvankelijk onder de Wet Menselijk Lichaamsmateriaal, die van toepassing is op elk lichaamsmateriaal voor zover dit niet is uitgesloten (art. 3 Wet Menselijk Lichaamsmateriaal).

gezicht in bepaalde gevallen wel een vitaal karakter heeft, minstens op psychisch of sociaal vlak.⁴⁸⁰

Maar ook ten aanzien van *solid organs* konden er soms interpretatieproblemen bestaan. In welke zin moest het orgaan immers levensnoodzakelijk zijn? Moest dit *in concreto* vanuit het oogpunt van de ontvanger worden beoordeeld? Dan zou een enkele nier niet steeds een orgaan zijn, want een nierpatiënt zou in leven gehouden kunnen worden door nierdialyse. Moest dit vanuit het oogpunt van de donor worden beoordeeld? Dan zou een nier die werd weggenomen bij een levende donor, geen orgaan zijn, want klaarblijkelijk niet noodzakelijk voor het leven van die donor. Moest dit dan maar beoordeeld worden naargelang de functie die het lichaamsmateriaal *in abstracto* moest waarnemen? Zo ja, wat dan met bv. hartkleppen, die voor de ontvanger levensnoodzakelijk kunnen zijn, maar zonder twijfel als weefsel behandeld verdienen te worden?

99. Het vitaliteitsvereiste is nu afgeschaft. Enerzijds zal men niet meer geconfronteerd worden met de lastige interpretatie van het vitaliteitsbegrip. Anderzijds laat de orgaandefinitie nu toe dat samengestelde weefsels zoals o.a. arm, hand, vinger, strottenhoofd of zelfs complex gezichtsheefsel eronder vallen en dus juridisch als organen behandeld worden.⁴⁸¹ Deze verruiming van de orgaandefinitie tot dergelijke weefsels was een bewuste beleidskeuze.⁴⁸² Het transplantatieproces voor gevasculariseerde samengestelde weefsels (wegneming, coördinatie van de wegneming en transplantatie, allocatie, serologische testen en andere veiligheidskwesties) vertoont namelijk meer gelijkenissen met een transplantatie van *solid organs*, dan met de transplantatie van ‘enkelvoudige’ weefsels. In tegenstelling tot bij weefsels moeten ze bv. zo snel mogelijk na wegneming getransplanteerd worden. Er komt bovendien geen preparatie en langdurige bewaring aan te pas. Niet het regelgevend kader van de Wet Menselijk Lichaamsmateriaal moet daarom worden toegepast, zoals eerst het geval was, maar wel dat van de Orgaantransplantatiewet.⁴⁸³ Omwille van hun gelijkenis met organen zou het dan ook terminologisch de voorkeur verdienen om te spreken van ‘gevasculariseerde samengestelde allogreffes’ in plaats van samengestelde weefsels.⁴⁸⁴

4. Delen van organen

⁴⁸⁰ M. SIEMIONOW en E. SONMEZ, “Face as an organ”, *Ann. Plast. Surg.* 2008, vol. 61, 345-352. Zie ook: Advies nr. 82 van 6 februari 2004 van het Comité Consultatif National d’Éthique pour les sciences de la vie et de la santé, “L’allotransplantation de tissu composite (ATC) au niveau de la face (Greffes totale ou partielle d’un visage)”, <http://www.ccne-ethique.fr>, 7-10; N.A. ROCHE *et al.*, “Complex facial reconstruction by vascularized composite allotransplantation: The first Belgian case”, *J. Plast. Reconstr. Aesthet. Surg.* 2015, (362) 363.

⁴⁸¹ T. GUTMANN en J. WIESE, *o.c.*, *MedR* 2014, (84) 84-86, die o.a. veruidelijkt dat de fysiologische functie van bv. een hand ligt in de tast en van een gezicht in o.a. de mimiek. *Contra*: W. PÜHLER en M. HÜBNER, *o.c.*, *MedR* 2013, (11) 14, die nergens veruidelijken waarom samengestelde weefsels niet onder de Europese (en dus ook Belgische) orgaandefinitie zouden kunnen vallen.

⁴⁸² Voor België: Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2011-12, nr. 53-2158/1, 13. Op Europees vlak: Minutes of the Fifth Meeting of the National Competent Authorities on Organ Donation and Transplantation – Summary Report, 13-14 september 2012, http://ec.europa.eu/health/blood_tissues_organ, 5.

⁴⁸³ Advies nr. 8634 van 3 maart 2010 van de Hoge Gezondheidsraad, “Complexe gevasculariseerde greffes voor allogeen therapeutisch gebruik”, <http://www.health.fgov.be>; Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2011-12, nr. 53-2158/1, 13. In gelijkaardige zin: K. KNOBLOCH *et al.*, “Composite Tissue Allotransplantation (CTA): Organ- oder Gewebetransplantation?”, *Handchir. Mikrochir. Plast. Chir.* 2009, vol. 41, 205-209; L.C. CENDALES, A. RAHMEL en T.L. PRUETT, “Allocation of Vascularized Composite Allotrafts: What Is It?”, *Transplantation* 2012, vol. 93, 1086-1087; S. SCHNEEBERGER *et al.*, “Vascularized Composite Allotransplantation: A Member of the Transplant Family?”, *Transplantation* 2012, vol. 93, (1088) 1088; Meeting of the Competent Authorities for Tissues and Cells – Summary Report, 7-8 Juni 2012, http://ec.europa.eu/health/blood_tissues_organ; Meeting of the Competent Authorities for Tissues and Cells – Summary Report, 3-4 december 2012, http://ec.europa.eu/health/blood_tissues_organ, 6-7; T. GUTMANN en J. WIESE, *o.c.*, *MedR* 2014, (84) 86-87.

⁴⁸⁴ K.V. RAVINDRA, H. XU en S.T. ILDESTAD, “Vascularized Composite Allotransplantation at a Crossroad”, *Transpl. Proc.* 2011, vol. 43, (3501) 3501; L.C. CENDALES, A. RAHMEL en T.L. PRUETT, *o.c.*, *Transplantation* 2012, vol. 93, (1086) 1086.

100. Transplantatie geschiedt in de praktijk niet enkel met volledige organen, maar soms ook met delen van een orgaan. Een deel van een orgaan kan sinds de wetswijziging van 3 juli 2012 juridisch eveneens als orgaan worden beschouwd. Via deze gelijkstelling wordt m.a.w. een ruim orgaanbegrip gehanteerd. Hiervoor is wel vereist dat dit deel “*als functie heeft in het menselijke lichaam te worden gebruikt voor dezelfde doeleinden als die van het gehele orgaan, met behoud van de vereisten inzake structuur en vascularisatie*”.⁴⁸⁵ Het gaat om cumulatieve vereisten. Er moet worden nagegaan welk doel of meer bepaald welke fysiologische functie het gehele orgaan in het raam van transplantatie heeft in het menselijk lichaam. Voor dit doel moet ook het orgaandeel worden gebruikt. Bovendien moet het deel een vascularisatie en een bepaalde structuur, namelijk een opbouw van verschillende weefsels, bezitten en behouden.

101. De bedoeling van de bovengenoemde wetswijziging was met name om een leversegment of een longkwab onder het toepassingsgebied van de Orgaantransplantatiewet te laten ressorteren.⁴⁸⁶ Indien men het structuurvereiste letterlijk interpreteert, zou de orgaandefinitie zonder deze wetswijziging onder meer problemen kunnen geven bij *split livers*. De *split liver*-techniek houdt in dat men de lever van een overleden donor *in situ* of *ex situ* in twee segmenten verdeelt. Dit biedt de mogelijkheid tot transplantatie in niet één, maar twee ontvangers (doorgaans een volwassene met het grote segment en een kind met het kleine segment) met goede resultaten.⁴⁸⁷ In het licht van het orgaantekort is het vanzelfsprekend van belang dat deze vorm van transplantatie onder de gepaste wetgeving valt.

Welnu, bij *split liver*-donatie zou gezegd kunnen worden dat er strikt genomen geen behoud van de structuur van de lever is, want deze wordt als het ware uit elkaar gehaald. Weliswaar werd *supra* ten aanzien van tracheatransplantatie reeds een functionele interpretatie van het structuurvereiste verdedigd. Volgens deze functionele interpretatie volstaat het wat betreft het structuurvereiste dat het lichaamsdeel uit verschillende weefsels bestaat. Dit zou geen probleem zijn bij transplantatie van leversegmenten of longkwabben, zodat ze al via de oorspronkelijke orgaandefinitie als orgaan gekwalificeerd konden worden. De bovengenoemde wetswijziging was in dit opzicht dus niet nodig.

102. Het was daarentegen de bedoeling om de eilandjes van Langerhans⁴⁸⁸ uit de pancreas *niet* als (deel van) een orgaan te beschouwen.⁴⁸⁹ Deze pancreaseilandjes zijn celgroepen, die in de pancreas verbonden zijn door een weefsel en bepaalde hormonen produceren. Pancreaseilandjes worden getransplanteerd voor dezelfde doeleinden als die van het gehele orgaan, namelijk het herstellen van de insulineproductie.⁴⁹⁰ Er zal daarbij echter niet voldaan zijn aan het vereiste van structuur en vascularisatie (behoud).⁴⁹¹ Ook bv. de hartkleppen zullen niet als (deel van) een orgaan (*in casu* het hart) beschouwd kunnen worden, aangezien ze op

⁴⁸⁵ Art. 1ter, 6° in fine Orgaantransplantatiewet.

⁴⁸⁶ Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2011-12, nr. 53-2158/1, 13.

⁴⁸⁷ S. FENG, D.S.C. KO en A.B. COSIMI, “Liver transplantation” in P.J. MORRIS en W.C. WOOD (eds.), *Oxford Textbook of Surgery. Vol. 1*, Oxford, Oxford University Press, 2000 (2^{de} ed.), (685) 698-699; J.N.M. IJZERMANS, “Levertransplantatie” in H.G. GOOSZEN, D.C. ARONSON, J.D. BLANKENSTEIN, *et al.* (eds.), *Leerboek chirurgie*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum, 2006, (419) 423; M. ROSSI *et al.*, “Liver Transplantation: Expanding the Donor Pool”, *Transpl. Proc.* 2001, vol. 33, (1307) 1308.

⁴⁸⁸ Zie over eilandjestransplantatie: *supra* Deel I, Hoofdstuk I, Afd. 1, § 2, C.

⁴⁸⁹ Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2011-12, nr. 53-2158/1, 13. Zie ook: Eurotransplant Newsletter nr. 227 (April 2014), www.eurotransplant.org, p. 23, waar ze naar Belgisch recht als weefsels worden gekwalificeerd.

⁴⁹⁰ W. PÜHLER, C.-D. MIDDEL en M. HÜBNER, “Pankreasinseln. Was tun, wenn ein Organ zum Gewebe wird?”, *MedR* 2010, (23) 26.

⁴⁹¹ L. JANSSON en P.-O. CARLSSON, “Graft vascular function after transplantation of pancreatic islets”, *Diabetologia* 2002, vol. 45, 749-763.

zich niet de fysiologische functie van het gehele hart (m.n. de gehele pompfunctie) kunnen vervangen.

103. Wat met transplantatie van stukken huid? Huidtransplantatie wordt in de medische literatuur traditioneel tot de weefseltransplantaties gerekend. In haar geheel wordt de huid medisch gezien evenwel aangemerkt als een orgaan (het grootste zelfs).⁴⁹² De vraag rijst daarom of stukken huid als (delen van een) orgaan onder het toepassingsgebied van de Orgaantransplantatiewet vallen. Hierop moet in principe ontkennend worden geantwoord om verschillende redenen. Zoals gezegd, is er enkel sprake van een deel van een orgaan als het als functie heeft in het menselijke lichaam te worden gebruikt voor dezelfde doeleinden als het gehele orgaan. Omdat transplantatie van de gehele huid niet gebeurt, blijven de doeleinden van zo'n volledige huidtransplantatie vooralsnog ongedefinieerd. Logischerwijze kan de functievoorwaarde niet worden beoordeeld en dus niet als vervuld worden beschouwd. Bovendien zou de (volledige) huid juridisch een orgaan moeten zijn alvorens haar delen als 'delen van een orgaan' kunnen worden beschouwd. Dit veronderstelt dat de vascularisatie, structuur en fysiologische functies behouden blijven. Zoals gezegd, moet dit behoud beoordeeld worden in het licht van transplantatie.⁴⁹³ Omdat volledige huidtransplantatie nog nooit plaatsvond, kan het wettelijk vereiste 'behoud' echter voorlopig niet beoordeeld worden. Welnu, als de huid juridisch geen orgaan is, zullen delen van de huid logischerwijze evenmin 'delen van een orgaan' in de zin van de Orgaantransplantatiewet zijn. Verder zal het huidtransplantaat vaak niet gevasculariseerd zijn.⁴⁹⁴ Hierdoor is niet voldaan aan de voorwaarde van (behoud van) vascularisatie, zodat ook dan geen sprake kan zijn van een (deel van een) orgaan. Ten slotte was het ook duidelijk de bedoeling van de (Europese) wetgever om transplantatie van huid onder de regeling van weefsels en cellen te vervatten.⁴⁹⁵ Dit strookt met de wettelijke opdeling tussen lichaamsdelen die niet lang bewaard kunnen blijven (m.n. vaste organen) en lichaamsdelen die wel lang bewaard kunnen blijven en gemanipuleerd kunnen worden (zoals o.a. de huiddelen).⁴⁹⁶

In de medische literatuur werden echter ook enkele transplantaties van dickere huiddelen mét vascularisatie gerapporteerd.⁴⁹⁷ Er zou dan wel sprake zijn van behoud van vascularisatie. Bovendien bestaan deze gedifferentieerde transplantaten uit verschillende weefsels (bv. bindweefsels, zenuwweefsel) en behouden ze het vermogen om autonoom een

⁴⁹² M.H. BEERS *et al.*, *Merck Manual. Medisch handboek*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum, 2005 (2^{de} ed.), 5 en 1194; F.H. MARTINI en E.F. BARTHOLOMEW, *Anatomie en fysiologie. Een inleiding*, Amsterdam, Pearson, 2011 (4^{de} ed.), 9 en 135; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 4.

⁴⁹³ Zie *supra* C.2. van deze paragraaf.

⁴⁹⁴ A. ANDREASSI *et al.*, "Classification and pathophysiology of skin grafts", *Clin. Derm.* 2005, vol. 23, (332) 334.

⁴⁹⁵ Zoals blijkt uit de opsomming in: Toelichting bij voorstel voor een Richtlijn, COM(2002) 319 (definitief), <http://eur-lex.europa.eu>, 2. Vgl. ook: Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek betreffende bepaalde ethische aspecten van de wijzigingen door de wet van 25 februari 2007 aangebracht aan de wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, www.health.belgium.be, 101, waar er impliciet van wordt uitgegaan dat huid in principe onder de Wet Menselijk Lichaamsmateriaal valt.

⁴⁹⁶ In huidtransplantaten kunnen kleine inkervingen (*meshes*) gemaakt worden, waardoor ze uitgerokken kunnen worden en zo een grotere oppervlakte kunnen bedekken (Zie: A. LUTERMAN en P.W. CURRERI, "Skin Transplantation" in G.J. CERILLI (ed.), *Organ Transplantation and Replacement*, Philadelphia, Lipincott, 1988, (630) 631; R.J. KAGAN, E.C. ROBB en R.T. PLESSINGER, "Human Skin Banking", *Clin. Lab. Med.* 2005, vol. 25, (587) 589-590). Er kan dan niet van een behoud van structuur gesproken worden, wat een bijkomende reden is om het transplantaat juridisch niet als orgaan te beschouwen.

⁴⁹⁷ Zie o.a.: G.J. AGICH en M. SIEMIONOW, "Until they have faces: the ethics of facial allograft transplantation", *J. Med. Ethics* 2005, vol. 31, (707) 707; P. MORRIS *et al.*, "Face Transplantation: A Review of the Technical, Immunological, Psychological and Clinical Issues with Recommendations for Good Practice", *Transplantation* 2007, vol. 83, (109) 110; D.G. ZAMFIRESCU *et al.*, "Sentinel Skin Allograft – A Reliable Marker for Monitoring of Composite Tissue Transplant Rejection", *Transpl. Proc.* 2009, vol. 41, (503) 507; S. SCHNEEBERGER *et al.*, "Achievements and challenges in composite tissue allotransplantation", *Transplant Int.* 2011, vol. 24, (760) 765.

aantal fysiologische functies (bv. bescherming, isolatie tegen temperatuur) te ontwikkelen.⁴⁹⁸ Deze gevasculariseerde huidtransplantaten lijken daardoor als zodanig wél organen in de zin van de Orgaantransplantatiewet te zijn. De toepassing van deze wet kan wenselijk zijn voor zover deze huidtransplantaten niet bewaard of gemanipuleerd worden.⁴⁹⁹

5. Artificiële organen

104. In tegenstelling tot menselijke en dierlijke organen, bestaan *mechanische* kunstorganen, evenals bepaalde *bioartificiële* organen⁵⁰⁰ normaal niet uit verschillende weefsels, noch bevatten ze de vereiste vascularisatie. Bijgevolg vallen ze buiten het toepassingsgebied van de Orgaantransplantatiewet.⁵⁰¹ Dit valt te verklaren door de verschillen die bestaan tussen kunstorganen en biologische organen. Kunstorganen, ongeacht de mate waarin ze in verbinding staan met het lichaam van de patiënt, worden in principe niet getransplanteerd, laat staan gedoneerd. Aangezien daarenboven deze organen nog niet dezelfde therapeutische waarde hebben als menselijke organen zal deze problematiek niet uitgebreider binnen dit proefschrift worden behandeld.

Volledig bioartificiële organen, als product van *tissue engineering*, zouden in principe wel de vereiste anatomie en fysiologie kunnen bevatten. Weliswaar moet eerder een regeling zoals die voor medische hulpmiddelen of geneesmiddelen worden toegepast.⁵⁰² Er werd gesteld dat mettertijd, nl. bij de start van klinische proeven hieromtrent, een specifieke (Europese) regelgeving hierover wellicht vereist zal zijn.⁵⁰³

D. Uitgesloten lichaamsmateriaal

1. Reproductief lichaamsmateriaal

105. Niettegenstaande de open orgaandefinitie wordt in de Orgaantransplantatiewet wel uitdrukkelijk bepaald dat gonaden (teelballen/*testes*⁵⁰⁴ en eierstokken/*ovaria*⁵⁰⁵), evenals gameten (sperma- en eicellen)⁵⁰⁶ en embryo's *niet* als organen kunnen worden beschouwd.⁵⁰⁷ Het gaat telkens om reproductief lichaamsmateriaal, d.i. lichaamsmateriaal dat behoort tot het

⁴⁹⁸ Zie over de anatomie en fysiologie van de huid: M.H. BEERS *et al.*, *Merck Manual*, 2005 (2^{de} ed.), 1194-1195; F.H. MARTINI en E.F. BARTHOLOMEW, *Anatomie en fysiologie*, 2011 (4^{de} ed.), 135 e.v.

⁴⁹⁹ In de geciteerde literatuur lijkt dit telkens het geval te zijn geweest.

⁵⁰⁰ Zie *supra* Deel I, Hoofdstuk I, Afd. 2, § 4, B.3.

⁵⁰¹ Zie reeds voor het bestaan van een wettelijke uitsluiting: H. NYS, "Eigendom in het medisch recht", *RW* 1983-84, (2357) 2373, die dit afleidde uit de memorie van toelichting bij de Orgaantransplantatiewet.

⁵⁰² Vgl. Opinion of 1 October 2001 of the Scientific Committee on Medicinal Products and Medical Devices on the State of the Art Concerning Tissue Engineering, http://ec.europa.eu/food/fs/sc/scmp/out37_en.pdf, 3. Op de handelingen met de cellen en weefselstructuren die gebruikt worden voor het maken van de volledig bio-artificiële organen kan wel de Wet Menselijk Lichaamsmateriaal toegepast worden. Vgl. K. KNOBLOCH *et al.*, *o.c.*, *Handchir. Mikrochir. Plast. Chir.* 2009, vol. 41, (205) 207.

⁵⁰³ Opinion of 1 October 2001 of the Scientific Committee on Medicinal Products and Medical Devices on the State of the Art Concerning Tissue Engineering, http://ec.europa.eu/food/fs/sc/scmp/out37_en.pdf, 8.

⁵⁰⁴ Deze kunnen wel getransplanteerd worden, zoals onder meer blijkt uit: E.J. BARTEN en D.W.W. NEWLING, "Transplantation of the testis: from the past tot the present", *International journal of andrology* 1996, vol. 19, 205-211.

⁵⁰⁵ Ook deze kunnen getransplanteerd worden, zoals onder meer blijkt uit: P. MHATRE, J. MHATRE en R. MAGOTRA, "Ovarian Transplant: A New Frontier", *Transpl. Proc.* 2005, vol. 37, 1396-1398; M.A. BEDAIWY, A.Y. SHAHIN en T. FALCONE, "Reproductive organ transplantation: advances and controversies", *Fertility and Sterility* 2008, vol. 90, (2031) 2033 e.v.

⁵⁰⁶ Transplantatie van gameten wordt nog onderzocht (M.A. BEDAIWY, A.Y. SHAHIN en T. FALCONE, *o.c.*, *Fertility and Sterility* 2008, (2031) 2049).

⁵⁰⁷ Art. 1^{quater} Orgaantransplantatiewet. Zie eveneens: art. 1, lid 2 Appendix bij Resolutie (78) 29 van 11 mei 1978, <http://www.coe.int>; Preamble WHO Guiding principles on Human Cell, Tissue and Organ Transplantation 2008, <http://www.who.int>, nr. 4.

voortplantingsstelsel. De wetgever meent dat de voortplantingsproblematiek zeer specifiek is en daarom hoe dan ook een aparte, aangepaste regeling behoeft.⁵⁰⁸

De specificiteit van reproductief lichaamsmateriaal is voor een groot stuk gelegen in het feit dat transplantatie van gonaden, gameten en embryo's kunnen leiden tot het ontstaan van een nieuw persoon, wiens (fysiek en psychologisch) welzijn een bijkomend en belangrijk aandachtspunt vormt.⁵⁰⁹ Ook kunnen er problemen bestaan in verband met de vraag wie het ouderschap draagt.⁵¹⁰ Inmiddels zag een eigen regeling het licht met de wet van 11 mei 2003 betreffende het onderzoek op embryo's *in vitro*,⁵¹¹ de wet van 6 juli 2007 betreffende de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van de overtallige embryo's en de gameten⁵¹², alsook met de Wet Menselijk Lichaamsmateriaal⁵¹³.

106. Een expliciete uitsluiting van gonaden is naar het doel van de wetgever inderdaad nodig. Door de afschaffing van het levensnoodzakelijkheidsvereiste zouden gonaden anders wel juridische als orgaan worden gekwalificeerd, en dus onder de toepassing van de Orgaantransplantatiewet vallen. Ten aanzien van gameten lijkt de uitsluiting van de Orgaantransplantatiewet hoe dan ook overbodig. Het gaat hier immers slechts over cellen die niet over de vereiste vascularisatie beschikken en op basis van de orgaandefinitie hoe dan ook geen orgaan kunnen zijn.

107. Verder moet de foetus van het embryo worden onderscheiden. Tot ongeveer de derde maand wordt de vrucht in het moederlichaam een embryo genoemd. Vanaf dan spreekt men van een foetus.⁵¹⁴ Bepaalde delen van de foetus kunnen bruikbaar zijn voor transplantatie.⁵¹⁵ De foetus wordt, in tegenstelling tot het embryo, niet expliciet uitgesloten van het wettelijke orgaanbegrip. Dit is ook niet nodig. Zolang de foetus zich in het moederlichaam bevindt, kan worden gesproken van een gedifferentieerd deel van het menselijk lichaam, bestaande uit verschillende weefsels. Weliswaar zal de foetus geen fysiologische functies ten aanzien van de moederlichaam ontwikkelen. Bovendien zal een foetus in zijn geheel niet getransplanteerd worden, zodat er geen structuurbehoud is. De foetus kan dus niet als 'orgaan' worden

⁵⁰⁸ Verslag HANQUET, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 832/2, 10; Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220/9, 4; Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2011-12, nr. 53-2158/1, 14. Zie ook: Memorie van toelichting Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 23; M.A. BEDAIWY, A.Y. SHAHIN en T. FALCONE, *o.c.*, *Fertility and Sterility* 2008, (2031) 2033. Zie ook: J.K. MASON, "Contemporary Issues in Organ Transplantation" in S.A.M. MCLEAN (ed.), *Contemporary Issues in Law, Medicine and Ethics*, Aldershot, Dartmouth, 1996, (117) 132.

⁵⁰⁹ E.J. BARTEN en D.W.W. NEWLING, *o.c.*, *International journal of andrology* 1996, (205) 209; X. DIJON, "Vers un commerce du corps humain?", *JT* 2006, (501) 502; Advies nr. 43 van 10 december 2007 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek betreffende de problematiek van de commercialiseerbaarheid van menselijke lichaamsdelen, www.health.belgium.be, 33; V. BLAKE en K. SHAH, "Reproductive Tissue Transplants Defy Legal and Ethical Categorization", *Virtual Mentor* 2012, vol. 14, (232) 233 en 234.; M.A. BEDAIWY, A.Y. SHAHIN en T. FALCONE, *o.c.*, *Fertility and Sterility* 2008, (2031) 2050. Zie echter: S.E. JOSSELYN, *Informed Consent as a Requirement for Post Mortem Organ Donation*, Saarbrücken, VDM Verlag Dr. Müller, 2008, 79, die ten aanzien van de toestemming tot wegneming bij een donor na overlijden geen verschil ziet.

⁵¹⁰ S. OSCHINSKY, *o.c.*, *JT* 1980, (1) 2; E.J. BARTEN en D.W.W. NEWLING, *o.c.*, *International journal of andrology* 1996, (205) 209; NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS, *Human bodies*, 2011, 49-50 en 79.

⁵¹¹ *BS* 28 mei 2003.

⁵¹² *BS* 17 juli 2007.

⁵¹³ Zie art. 3, § 4 Wet Menselijk Lichaamsmateriaal.

⁵¹⁴ A.A.F. JOCHEMS en F.W.M.G. JOOSTEN, *Coëlho*, 319. Zie ook: art. 2, 4° en 5° Wet Menselijk Lichaamsmateriaal.

⁵¹⁵ Zie o.a.: C.V. BORLONGAN, T.B. FREEMAN en P.R. SANBERG, "Reconstruction of the central nervous systeem by neural transplantation" in P.J. MORRIS en W.C. WOOD (eds.), *Oxford Textbook of Surgery. Vol. 1*, Oxford, Oxford University Press, 2000 (2^{de} ed.), 749-753 (zenuwweefsel); D.W.R. GRAY, "Pancreatic islet and fetal pancreas transplantation" in P.J. MORRIS en W.C. WOOD (eds.), *Oxford Textbook of Surgery. Vol. 1*, Oxford, Oxford University Press, 2000 (2^{de} ed.), (737) 737 en 740 e.v. (pancreas); M.H. BEERS *et al.*, *Merck Manual*, 2005 (2^{de} ed.), 1089 (thymus- of zwezeriktransplantatie voor kinderen die lijden aan het 'DiGeorge-syndroom' en dus zonder thymus geboren worden); A. SGROI *et al.*, "What Clinical Alternatives to Whole Liver Transplantation? Current Status of Artificial Devices and Hepatocyte Transplantation", *Transplantation* 2009, vol. 87, (457) 461 (levercellen).

gekwalficeerd. Indien de foetus bij wegneming of geboorte daarentegen levend en levensvatbaar ter wereld komt, gaat het over een persoon, wat de kwalificatie als orgaan eveneens uitsluit.⁵¹⁶

108. De baarmoeder is eveneens reproductief lichaamsmateriaal, maar werd evenmin uitdrukkelijk uitgesloten. Overeenkomstig de huidige orgaandefinitie, die geen levensnoodzakelijkheidsvoorwaarde meer vooropstelt, zal de baarmoeder dus wel als een orgaan worden beschouwd.⁵¹⁷ Baarmoedertransplantatie met een levende of overleden donor kan een oplossing bieden voor bepaalde gevallen van onvruchtbaarheid bij vrouwen die zelf een zwangerschap willen ervaren en een genetische band met het kind willen hebben.⁵¹⁸

Aangezien baarmoedertransplantatie evenzeer de voortplantingsproblematiek betreft, kan worden afgevraagd of er naar de geest van de wet hiervoor ook geen uitsluiting vereist is. Ook hier rijzen er namelijk specifieke (medische en ethische) kwesties in verband met het fysieke en psychologische welzijn van het te verwekken kind.⁵¹⁹ Bovendien kan dit gepaard gaan met implantatie van een embryo.⁵²⁰ Daartegenover staat dat de baarmoeder bij transplantatie niet lang kan worden bewaard, zoals ook de nieren e.d., zodat de Orgaantransplantatiewet *prima facie* een geschikter kader lijkt te bieden.⁵²¹

Baarmoedertransplantatie werd onder meer al uitgevoerd in Saudi-Arabië, Turkije en Zweden.⁵²² In België bestaat het probleem voorlopig niet, omdat baarmoedertransplantatie er (nog) niet wordt uitgevoerd. Bovendien zijn adoptie of draagmoederschap in bepaalde gevallen al een alternatief - om de onvruchtbaarheid te omzeilen.⁵²³

2. Beenmerg

109. Naast bepaald reproductief lichaamsmateriaal wordt ook beenmerg uitdrukkelijk van het toepassingsgebied uitgesloten.⁵²⁴ Deze uitsluiting is echter overbodig aangezien beenmerg hoe dan ook geen orgaan, maar slechts een weefsel is. De wetgever wenste niettemin te benadrukken dat handelingen uitgevoerd op stamcellen uit beenmerg niet onder de Orgaantransplantatiewet vallen.⁵²⁵ Wellicht wou de wetgever hierbij elke discussie betreffende stamceltherapie ter behandeling van orgaanziekten uitsluiten.

⁵¹⁶ Zie *infra* Afd. 2, § 1, B.2. van dit Hoofdstuk.

⁵¹⁷ Vgl. in die zin ook: Memorie van toelichting Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 23.

⁵¹⁸ A. CAPLAN, *et al.*, "Moving the womb", *Hastings Center Report* 2007, vol. 37, (18) 18; A. LEFKOWITZ, M. EDWARDS en J. BALAYLA, "The Montreal Criteria for the Ethical Feasibility of Uterine Transplantation", *Transplant International* 2012, vol. 25, (439) 439; K.S. ARORA en V. BLAKE, "Uterus transplantation: ethical and regulatory challenges", *J. Med. Ethics* 2013, (1) 1.

⁵¹⁹ A. CAPLAN *et al.*, *o.c.*, *Hastings Center Report* 2007, (18) 19-20; K.S. ARORA en V. BLAKE, *o.c.*, *J. Med. Ethics* 2013, (1) 1 en 3-4.

⁵²⁰ Zie: "Woman becomes first in the world to fall pregnant after womb transplant in amazing result that gives hope to millions worldwide", www.dailymail.co.uk.

⁵²¹ Vgl. K.S. ARORA en V. BLAKE, *o.c.*, *J. Med. Ethics* 2013, (1) 4, waar ten aanzien van de Verenigde Staten wordt gepleit om baarmoedertransplantatie onder het allocatiesysteem van de Uniform Network for Organ Sharing te laten vallen in plaats van onder het bestaande vrije marktstructuur van andere geassisteerde voortplantingstechnologieën. Wel werd er opgemerkt dat de allocatiecriteria meer aan de specifieke situatie van baarmoedertransplantatie moeten worden aangepast.

⁵²² A. CAPLAN *et al.*, *o.c.*, *Hastings Center Report* 2007, (18) 18; "Woman becomes first in the world to fall pregnant after womb transplant in amazing result that gives hope to millions worldwide", www.dailymail.co.uk; "Mother-to-daughter womb transplant 'success' in Sweden", www.bbc.co.uk.

⁵²³ Vgl. A. LEFKOWITZ, M. EDWARDS en J. BALAYLA, *o.c.*, *Transplant Int.* 2012, (439) 439-440.

⁵²⁴ Art. 1^{quater} Orgaantransplantatiewet. Vgl. daarentegen met art. D1234-I Code de la santé publique in Frankrijk, waar beenmerg blijkbaar als orgaan wordt beschouwd.

⁵²⁵ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2011-12, nr. 53-2158/1, 14. Ook ten aanzien van stamcellen is een uitsluiting overbodig, aangezien het geen organen, maar slechts niet-gedifferentieerde cellen zijn.

§ 3. VOORSTEL TOT EEN CONCRETERE ORGAANDEFINITIE

110. Zoals gezegd, vormde de Orgaantransplantatiewet aanvankelijk de *lex generalis* voor de wegneming en het transplanteren van zowel organen, als weefsels (en cellen). Aangezien er geen onderscheid moest worden gemaakt, bevatte deze wet oorspronkelijk dan ook geen definitie van ‘organen’. De Belgische wetgever had bewust gekozen om een open begrip te hanteren in plaats van een exhaustieve nominatieve opsomming te geven van alle organen die voor transplantatie in aanmerking komen. Dergelijke opsomming zou immers wegens de voortgang van de medische wetenschap snel voorbijgestreefd zijn.⁵²⁶ De open definitie laat de rechter toe om rekening te houden met de meest actuele stand van de medische wetenschap, zodat juridische leemtes ten aanzien van de nieuwste ontwikkelingen voorkomen worden.

De huidige (positief omschreven, maar toch open) definitie werden pas ingevoerd naar aanleiding van het ontstaan van gedifferentieerde regulering ter omzetting van Richtlijn 2004/23/EG en nadien Richtlijn 2010/53/EU. Ook de Europese wetgever was blijkbaar de mening toegedaan dat een open definitie wenselijk was. Weliswaar moest er wel een omschrijving van ‘orgaan’ worden gegeven om organen te onderscheiden van weefsels en cellen. Dit leidde tot een open definitie gecombineerd met een nominatieve uitsluiting van bepaald lichaamsmateriaal. De definitie van ‘orgaan’ was zonder twijfel bedoeld om de transplantatie van de nieren, de lever(-segmenten), de longen (of delen ervan) en het hart te omvatten,⁵²⁷ wat volgens de huidige wettelijke criteria ook zo is. Deze opsomming is geenszins exhaustief. Krachtens de wettelijke orgaancriteria kunnen *onder andere* ook de pancreas, de darmen, de maag en bepaalde complexe samengestelde weefsels zoals ledematen als orgaan worden beschouwd.

111. De open orgaandefinitie boet echter in aan rechtszekerheid. Uit de bespreking van de huidige open orgaandefinitie is weliswaar gebleken dat ze allereerst niet zo eenvoudig te interpreteren en toe te passen is. Er moet een hele *checklist* worden afgegaan om uit te maken of er sprake is van een orgaan in de zin van de Orgaantransplantatiewet. Soms leidt dit tot twijfel, zoals bv. ten aanzien van de huid of de baarmoeder. Bovendien moest de definitie in 2010 toch aangepast worden om complexe gevasculariseerde greffes onder het toepassingsgebied van de regeling te brengen en zo duidelijkheid te schappen. De open definitie bleek dus helemaal niet zo weerbaar tegenover de wetenschappelijke ontwikkelingen als men dacht.

De vraag rijst dus of er geen beter evenwicht tussen flexibiliteit en rechtszekerheid kan worden bereikt. De duidelijkste definiërmethode lijkt de nominatieve opsomming te zijn. Ze laat de overheid toe om zeer precies te werk te gaan. Deze opsommingsmethode wordt o.a. gehanteerd in de VSA, waar een ‘orgaan’ in de federale wetgeving wordt gedefinieerd als “*the human (including fetal) kidney, liver, heart, lung, pancreas, bone marrow, cornea, eye, bone, skin, intestine (including the esophagus, stomach, small and/or large intestine, or any portion of the gastrointestinal tract) or any vascularized composite allograft defined in § 121.2. It also means any subpart thereof, including that derived from a fetus*”.⁵²⁸ Ook in België werd

⁵²⁶ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 1984-1985, nr. 832/1, 4.

⁵²⁷ Deze organen worden immers expliciet genoemd in considerans 1 van Richtlijn 2010/53/EU, d.i. de richtlijn waaruit de huidige orgaandefinitie is overgenomen.

⁵²⁸ 42 U.S.C. § 274e (c)(1) en 42 C.F.R. § 121.13. Zie ook andere, gelijkaardige orgaandefinities, die gelden voor andere regulatorische aspecten in o.a.: 42 U.S.C. § 274b (d)(2); 42 C.F.R. § 121.2; 42 C.F.R. § 482.45 (b)(2) en 42 C.F.R. § 486.302. zie ook: J.-R. BINET, o.c. in J. BECQUE (ed.), *Juris Classeur: droit civil*, 2006, currens, art. 16 à 16-13: fasc. 20, nr. 47, die het gebrek van een evolutieve lijst van organen in de Franse wetgeving betreurt.

overigens al enkele keren de nominatieve opsommingsmethode gebruikt, bv. om bijzondere regels voor hart en hart-longtransplantaties op te leggen.⁵²⁹ Waarom deze methode niet veralgemenen? Het risico dat de lijst al gauw achterhaald zal zijn, kan aanzienlijk worden ingeperkt door de lijst te laten opstellen via KB of MB.⁵³⁰ Deze regelgevingstechniek is immers veel sneller dan het formele wetgevingsproces. Bovendien kan gebruik gemaakt worden van een niet-exhaustieve opsomming, zodat bij gebrek aan nominatieve vermelding alsnog beoordelingsmarge bestaat om het lichaamsmateriaal als orgaan te bestempelen. Om de gepaste benaming te bepalen kan inspiratie gezocht worden in de internationale nomenclatuur zoals voorgesteld in het raam van het SONG-project van de WGO⁵³¹ of op de bestaande Belgische nomenclatuur van geneeskundige verstrekkingen. Mocht het te moeilijk blijken om bepaalde organen, met name de complexe gevasculariseerde greffes, voldoende precies en alomvattend te omschrijven, dan kan voor dergelijke categorie desnoods alsnog een open definitie worden gehanteerd.⁵³² Misschien zal de voorgestelde definiërmethode evenmin een geheel sluitende oplossing bieden, maar m.i. is ze zelfs dan voordeliger dan de huidige definiëring.

Weliswaar kampt de voorgestelde definiërmethode mogelijk met een juridisch-technisch bezwaar. De huidige Belgische orgaandefinitie werd overgenomen uit Richtlijn 2010/53/EU. Men kan zich afvragen of België juridisch gezien wel een afwijkende definiëring mag hanteren. Het begrip ‘orgaan’ kan via Richtlijn 2010/53/EU autonoom geïnterpreteerd worden door het Europese Hof van Justitie. Dit kan problemen geven qua conformiteit met de richtlijn, mocht België een andere begripsomschrijving gaan hanteren. Ook de Raad van State, afdeling wetgeving, pleit er in het algemeen voor om wegens het groeiende gewicht van het Europees recht de terminologie van een richtlijn over te nemen.⁵³³ Weliswaar zijn lidstaten bij de omzetting van een Europese richtlijn in principe slechts gebonden ten aanzien van het te bereiken resultaat, maar niet wat betreft de vorm en de middelen (art. 288, lid 3 VWEU). Het komt er dus op neer dat er geen afbreuk wordt gedaan aan het vooropgestelde beschermingsniveau, wat niet belet dat men een grotere bescherming biedt (art. 31, lid 2 Richtlijn 2010/53/EU). Welnu, een nominatieve opsomming lijkt dankzij de grotere rechtszekerheid minstens evenveel en wellicht zelfs méér bescherming te bieden.

⁵²⁹ Zie art. 3, § 2, *in fine* Orgaantransplantatiewet; art. 14, m van de bijlage bij het KB van 14 september 1984 tot vaststelling van de nomenclatuur van geneeskundige verstrekkingen inzake verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, BS 29 september 1984.

⁵³⁰ Vgl. voor Nederland: bijlage bij het Besluit van 26 januari 1998 houdende regels met betrekking tot het donorformulier en het donorregister, *Stb.* 1998, 41 (hierna: Besluit donorregister). Weliswaar bevat artikel 1, b van de Nederlandse Wet Orgaandonatie een algemene omschrijving van ‘orgaan’, toch hanteert het formulier op basis waarvan een donor krachtens artikel 10 Wet op de Orgaandonatie zijn wil tot *post mortem* orgaanwegname kan uiten, een nominatieve opsomming van de te transplanteerbare organen (en weefsels) die men niet mag wegnemen. Vgl. voor Engeland: Sec. 9 Human Tissue Act 2004 (Persons who Lack Capacity to Consent and Transplants) Regulations 2006, voor een opsomming van wat in het raam van de informatieverzameling bedoeld in sec. 34 Human Tissue Act 2004 als *transplantable material* mag worden beschouwd. Vgl. ook A. BELHOUS, “Prélèvement et transplantation d’organes à travers la législation marocaine et la législation belge”, *Con. M.* 2008, (27) 28.

⁵³¹ WHO Standard Organ Transplant Nomenclature, version 1.0 (2012), www.who.int.

⁵³² Vgl. met de Verenigde Staten: Krachtens 42 C.F.R. § 121.2 en § 121.13 vereist een lichaamsdeel als samengesteld weefsel: 1) vascularisatie en bloeddorstrooming via chirurgische connectie van bloedvaten om te functioneren na transplantatie, 2) verschillende weefseltypen, 3) wegneming bij een menselijke donor als anatomische of structurele eenheid, 4) inplanting bij een menselijke ontvanger als anatomische of structurele eenheid, 5) minimale manipulatie (i.e. bewerking die de relevante karakteristieken voor nut van organen niet wijzigt), 6) homolog gebruik (gebruik van het orgaan voor dezelfde functie als bij de donor), 7) niet gecombineerd met andere voorwerpen zoals medical devices, 8) vatbaar voor ischemie, zodat het maar tijdelijk wordt bewaard en niet door cryopreservatie en 9) vatbaar voor allograft afstoting, zodat immunosuppressie vereist is.

⁵³³ Tenzij er in het Belgische recht reeds een andere term gebruikelijk is. In dit laatste geval wordt ervoor gepleit om de gebruikelijk term te hanteren teneinde geen verwarring te scheppen. Zie: RAAD VAN STATE, *Beginnelsen van de wetgevingstechniek*, www.raadvst-consetat.be, 114-115 (geraadpleegd op 2 november 2013).

Afdeling 2. De handelingen

112. Aanvankelijk richtte de Orgaantransplantatiewet zich enkel op het wegnemen en transplanteren van organen. Nu verklaart ze zichzelf van toepassing op het doneren, testen, karakteriseren, wegnemen, conserveren, vervoeren en transplanteren van organen. Ter verduidelijking kan een onderscheid gemaakt worden tussen enerzijds de kernhandelingen, namelijk het doneren, wegnemen en transplanteren (§ 1) en anderzijds de overige, ondersteunende handelingen (§ 2).

§ 1. KERNHANDELINGEN

A. Doneren en wegnemen

1. Wegnemen en wegnemingsproces

113. De Orgaantransplantatiewet onderscheidt de ‘wegneming’ (*prélèvement*) van de ‘donatie’. Ze definieert de wegneming als “*een proces waardoor de gedoneerde organen beschikbaar worden*”.⁵³⁴ Deze definitie is overgenomen uit artikel 3, j) Richtlijn 2010/53/EU, waar deze definitie is gekoppeld aan de term ‘verkrijging’ (*obtention*; *procurement*). De Belgische wetgever gaf de voorkeur aan het begrip ‘wegneming’ omdat deze term verankerd is in het al bestaande Belgische rechtskader en hij courant wordt gebruikt in medische kringen.⁵³⁵

114. Doordat de wet de wegneming omschrijft als een ‘proces’ lijkt een ruime invulling te worden nagestreefd. Alle *voorafgaande* ondersteunende handelingen, zoals het karakteriseren, evalueren en selecteren van donoren, alsook de donatie lijken op het eerste gezicht hieronder te vallen.⁵³⁶ Dit zou verklaard kunnen worden aan de hand van de bedoeling om de juridische waarborgen een zo ruim mogelijke draagwijdte te geven.⁵³⁷

Nochtans worden de voorafgaande handelingen apart vermeld in de Belgische wet, zodat ze niet onder het begrip ‘wegneming’ hoeven te vallen.⁵³⁸ De definitie van ‘wegneming’ stelt zelf dat het moet gaan om organen die al gedoneerd zijn, zodat de donatie alvast niet onder de wegneming valt. Artikel 3 Orgaantransplantatiewet maakt verder een duidelijk onderscheid tussen de medische activiteiten die betrekking hebben op het wegnemen (bv. evaluatie en selectie van donoren) en de eigenlijke wegneming. Artikel 3^{ter}, lid 1 Orgaantransplantatiewet maakt ook duidelijk dat de karakterisering van organen betrekking heeft op reeds weggenomen organen, wat impliceert dat de karakterisering terminologisch losstaat van de wegneming.⁵³⁹

115. Daarnaast werd niet bepaald waarvoor de organen juist ‘beschikbaar’ moeten worden om onder de definitie van ‘wegneming’ te vallen. Indien men de beschikbaarheid ruim opvat,

⁵³⁴ Art. 1^{ter}, 8° Orgaantransplantatiewet.

⁵³⁵ Memorie van toelichting, Parl. St. Kamer 2011-12, nr. 53-2158/001, 12. Vgl. RAAD VAN STATE, *Beginselen van de wetgevingstechniek*, www.raadvst-consetat.be, 114. Zie echter art. 2, 11° en 12° Wet Menselijk Lichaamsmateriaal, waar ‘wegneming’ en ‘verkrijging’ als twee afzonderlijke begrippen worden gehanteerd.

⁵³⁶ Vgl. in die zin ook: Memorie van toelichting Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 33. Zie over deze handelingen *infra* Afd. 2, § 2 van dit Hoofdstuk.

⁵³⁷ Vgl. Memorie van toelichting Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 33.

⁵³⁸ *Quod non* in voornoemd protocol.

⁵³⁹ Zie ook: art. 7, lid 1 Richtlijn 2010/53/EU dat stelt dat “*alle verkregen organen en donoren daarvan*” moeten worden gekarakteriseerd, wat eveneens impliceert dat karakterisatie losstaat van de verkrijging.

zou wegneming als proces ook alle *hiernavolgende* tussenstappen tot aan de transplantatie omvatten, zoals de preservatie en het transport.

Een voorstel tot amendement om in Richtlijn 2010/53/EU ‘beschikbaar’ (‘*making available*’) te definiëren als de bereiding, manipulatie, preservatie, verpakking en transport, werd echter niet aanvaard.⁵⁴⁰ Ook uit de huidige tekst van de richtlijn volgt dat een eerder beperkte invulling aan het begrip wegneming moet worden gegeven. Anders zou artikel 6, lid 2 Richtlijn 2010/53/EU betekenen dat het transport van organen enkel in operatiekamers kan geschieden, terwijl dit logischerwijze ook daarbuiten moet kunnen. Bovendien is de preservatie omschreven als een bewerking die bedoeld is om effect te hebben vanaf het ‘tijdstip’ van wegneming tot de transplantatie (art. 3, 1 Richtlijn 2010/53/EU en art. 1^{ter}, 9° Orgaantransplantatiewet), wat impliceert dat de wegneming nog niet de preservatie omvat. Verder worden de begrippen verkrijging, preservatie, verpakking en etikettering in artikel 4, lid 2, d) Richtlijn 2010/53/EU naast elkaar gebruikt, wat onnodig zou zijn indien deze laatste drie handelingen onder de verkrijging (het Europeesrechtelijke equivalent van het begrip wegneming) zouden vallen.

116. Er moet bijgevolg worden aangenomen dat de wegneming niet het gehele wegnemingsproces *sensu lato* omvat, maar slechts betrekking heeft op de fysieke wegneming van het orgaan uit het lichaam van een donor.⁵⁴¹ De wegneming betreft m.a.w. de operatieve fase ten aanzien van de donor. De ‘beschikbaarheid’ van het orgaan betreft dan de toestand van het orgaan waarbij het niet meer in het lichaam zit. Deze interpretatie is ook verenigbaar met het gebruik van de term ‘proces’. De reeks chirurgische handelingen die worden gesteld tijdens de ingreep, kunnen immers evengoed als een ‘proces’ beschouwd worden. Privaatrechtelijk is de wegneming dan de handeling die het voorwerp kan uitmaken van een wegnemingsovereenkomst. Het blijft niettemin een vage, verwarrende definitie die best verduidelijkt wordt door de Europese, dan wel door de Belgische wetgever.⁵⁴²

In de nomenclatuur wordt overigens gesproken over ‘prelevering’, wat zoveel als ‘wegneming’ lijkt te betekenen.⁵⁴³ Ook tussen deze verschillende wetteksten zou voor alle duidelijkheid beter eenzelfde begrip gehanteerd worden.

2. Doneren

117. Zoals gezegd, moet de wegneming betrekking hebben op ‘gedoneerde’ organen. Het begrip ‘doneren’ wordt als zodanig niet gedefinieerd. De wet bepaalt wel dat donatie als “*het doneren van organen voor transplantatie*” moet worden begrepen.⁵⁴⁴ De te verklaren term

⁵⁴⁰ Report of 26 march 2010 of the Committee on the Environment, Public Health and Food Safety on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on standards of quality and safety of human organs intended for transplantation, <http://www.europarl.europa.eu>, 21. Deze definiëring zou hebben gediend om deze zogenoemde essentiële intermediaire stappen van bewerking toch onder de regeling te brengen naar analogie met Richtlijn 2004/23/EG.

⁵⁴¹ *Contra*: Sec. 3 Quality and Safety of Organs Intended for Transplantation Regulations 2012 (Verenigd Koninkrijk).

⁵⁴² In dezelfde zin: National Expert Meeting on Organ Donation and Transplantation at Community Level: Working Group on Quality and Safety – Summary Report, 23 oktober 2007, Brussel, http://ec.europa.eu/health/blood_tissues_organ, 12; Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité over het Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van kwaliteits- en veiligheidsnormen voor het doneren, verkrijgen, testen, bewerken, bewaren en distribueren van menselijke weefsels en cellen, *Pb. C.* 8 april 2003, afl. 85, 49, waar eveneens de term ‘verkrijging’ in soortgelijke bewoordingen werd gehanteerd.

⁵⁴³ Art. 14, m) bijlage bij het KB van 14 september 1984 tot vaststelling van de nomenclatuur van geneeskundige verstrekkingen inzake verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, *BS* 29 september 1984.

⁵⁴⁴ Art. 1^{ter}, 3° Orgaantransplantatiewet.

wordt zo niet verklaard, maar enkel herhaald.⁵⁴⁵ De definitie uit de Orgaantransplantatiewet verduidelijkt slechts welk doel deze handeling moet hebben, opdat ze onder de Orgaantransplantatiewet valt.⁵⁴⁶

Uit het feit dat wegneming betrekking moet hebben op gedoneerde organen kan logischerwijze worden afgeleid dat donatie als het ware de voorafgaande beslissing uitmaakt om een orgaan te laten wegnemen. Het begrip ‘doneren’ verwijst zo naar het vereiste van een (bewuste en altruïstische) toestemming tot orgaanwegneming door de arts voor transplantatie bij een ontvanger en situeert zich dus in de preoperatieve fase ten aanzien van de donor (m.a.w. vóór de wegneming).⁵⁴⁷ De wegneming dient om de donatie uit te voeren. Indien men daarentegen onder de term ‘donatie’ ook de fysieke uitneming van een orgaan zou verstaan, dan bestaat er overlap met de term wegneming, wat niet logisch zou zijn.⁵⁴⁸

118. Privaatrechtelijk kan de donatie in het raam van de Orgaantransplantatiewet meer bepaald als een type van ‘positieve’ wilsverklaring beschouwd worden. Ze omvat immers een toestemming tot het ondernemen van een bepaalde actie, in tegenstelling tot ‘negatieve’ wilsverklaringen, die een weigering inhouden.⁵⁴⁹ Aangezien met deze wilsverklaring rechtsgevolgen worden beoogd,⁵⁵⁰ kan de donatie als een rechtshandeling⁵⁵¹ worden gekwalificeerd.⁵⁵² Dit heeft tot gevolg dat de voorwaarden uit artikelen 1108 e.v. BW als gemeen recht gelden.⁵⁵³ Voor zover de Orgaantransplantatiewet al voorwaarden stelt, heeft deze wet uiteraard voorrang volgens het adagium *lex specialis derogat lex generalis*.

Er kan een opdeling worden gemaakt naargelang het moment van de uitvoering van de wilsverklaring. Ten aanzien van orgaanwegneming bij leven moet de donatie conform het geldende recht⁵⁵⁴ worden beschouwd als een *actuele* wilsverklaring, d.i. een wilsverklaring die bedoeld is om nu of op korte termijn te worden uitgevoerd én voor zover de donor nog in leven is. Bij orgaanwegneming na overlijden zal het in principe echter gaan om een *voorafgaande* wilsverklaring, d.i. een wilsverklaring die bedoeld is om uitgevoerd te worden wanneer de declarant de bekwaamheid mist om dit zelf te doen, *in casu* omdat hij overleden is.⁵⁵⁵ Een donatie kan dus slechts uitgaan van de donor indien hij in leven is, zodat het normaal steeds om

⁵⁴⁵ Hierop werd reeds gewezen: Report of 26 march 2010 of the Committee on the Environment, Public Health and Food Safety on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on standards of quality and safety of human organs intended for transplantation, <http://www.europarl.europa.eu>, 18.

⁵⁴⁶ En dit is overbodig, want dit volgt reeds uit art. 1, lid 1 Orgaantransplantatiewet.

⁵⁴⁷ Zie *infra* Deel IV, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2.C. en Hoofdstuk III, alsook Deel V, Hoofdstuk II, Afd. 2. Vgl. A.-M. BRIELS, o.c. in L. APOSTEL, P. DEVROEY en H. CAMMAER (eds.), *Beschikken over lijf en leven*, 1987, (27) 31-32; A. DANION-GRILLIAT, “Un don est-il possible sans pression?” in M.-J. THIEL (ed.), *Donner, recevoir un organe: droit, dû, devoir*, Straatsburg, Presses universitaires de Strasbourg, 2009, (101) 101.

⁵⁴⁸ Ook uit artikel 4, lid 2 b) Richtlijn 2010/53/EU blijkt dat donatie en wegneming als twee verschillende begrippen moeten worden gebruikt.

⁵⁴⁹ Zie over deze begrippen: C. LEMMENS, *Voorafgaande wilsverklaringen met betrekking tot het levenseinde*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 19-22.

⁵⁵⁰ Namelijk de geoorloofdheid van de orgaanwegneming.

⁵⁵¹ Zie: W. VAN GERVEN, *Beginselen van Belgisch privaatrecht: algemeen deel*, Antwerpen, Standaard, 1969, 281-282. Tegenover de rechtshandelingen staan de louter rechtsfeiten, die niet uitgaan van de mens of die uitgaan van de mens, zonder dat hiermee evenwel rechtsgevolgen beoogd worden (bv. een orgaanwegneming). Zie daarentegen: F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het burgerlijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 480, die inzake de uitoefening van persoonlijkheidsrechten (*in casu* het recht op fysieke integriteit) de kwalificatie als rechtshandeling afwijst. Hiermee onttrekt deze auteur de uitoefening van persoonlijkheidsrechten aan de regels voor de onbekwaamheid, die enkel voor rechtshandelingen gelden.

⁵⁵² Zie ook: J.E.M. AKVELD, *Transplantatie en wetgeving*, 1987, 138; W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 217.

⁵⁵³ Vgl. C. LEMMENS, *Voorafgaande wilsverklaringen met betrekking tot het levenseinde*, 2013, 144-146. W. VAN GERVEN, *Beginselen van Belgisch privaatrecht: algemeen deel*, 1969, 282 en 294.

⁵⁵⁴ Art. 5 Orgaantransplantatiewet en *infra* Deel IV, Hoofdstuk III.

⁵⁵⁵ Zie over deze begrippen opnieuw: C. LEMMENS, *Voorafgaande wilsverklaringen met betrekking tot het levenseinde*, 2013, 17-18 en 21-22.

een ‘donatie bij leven’ gaat.⁵⁵⁶ Nochtans wordt in de wet en in sommige KB’s gesproken van ‘donatie na overlijden’.⁵⁵⁷ Ook in de medische literatuur is deze uitdrukking ingeburgerd.

B. Transplanteren

1. Transplanteren en transplantatieproces

119. Transplantatie wordt ruim gedefinieerd als “*een proces dat tot doel heeft bepaalde functies van het menselijk lichaam te herstellen door een orgaan over te brengen van een donor naar een ontvanger*”.⁵⁵⁸ Zoals bij de definitie van ‘wegneming’ wordt ook hier gesproken over een ‘proces’. Dit proces is gericht op het herstellen van lichaamsfuncties (doel) door het overbrengen van een orgaan (middel). Net zoals bij het begrip ‘wegneming’ kan ook hier worden afgevraagd hoe ruim dit transplantatieproces moet worden opgevat.

Volgens A. Chioccarello moet het begrip ‘transplantatie’ in het raam van Richtlijn 2010/53/EU ruim worden opgevat, zodanig dat het ook betrekking kan hebben op handelingen voor en na de eigenlijke inhechting van het orgaan bij een ontvanger (bv. voorafgaande onderzoeken, wegneming, vervoer, opvolging van de patiënt).⁵⁵⁹ Aan deze interpretatie ligt wellicht de bedoeling en de bezorgdheid ten grondslag om de juridische waarborgen zo’n ruim mogelijke draagwijdte te geven met het oog op optimale bescherming.⁵⁶⁰ Nochtans worden deze tussenstappen apart vermeld en geregeld in de Orgaantransplantatiewet, zodanig dat ze niet onder het begrip ‘transplantatie’ hoeven te vallen.⁵⁶¹ Bovendien wordt gesproken van “*alle stadia van donatie tot transplantatie (...)*” (art. 3bis, lid 1 Orgaantransplantatiewet en art. 4, lid 1 Richtlijn 2010/53/EU), waaruit blijkt dat de transplantatie zelf één van de handelingen binnen een proces is en als zodanig andere handelingen opvolgt. Ook in het licht van artikel 3 Orgaantransplantatiewet zou dergelijke invulling niet zinnig zijn. Strikt genomen zou het vervoeren anders enkel door een arts en binnen een transplantatiecentrum kunnen plaatsvinden, wat niet de bedoeling kan zijn. Bovendien maakt deze bepaling zelf ook een onderscheid tussen het transplanteren enerzijds en het wegnemen en daarmee verband houdende activiteiten anderzijds.

⁵⁵⁶ Vgl. A. TERRASSON DE FOUGERES, “Que votre oui soit oui: plaidoyer pour un registre des acceptations de prélèvements d’organes”, *RD Sanit. Soc.* 2000, (339) 343; Advies nr. 115 van 7 april 2011 van het Comité Consultatif National d’Éthique pour les sciences de la vie et de la santé, “Questions d’éthique relatives au prélèvement et au don d’organes à des fins de transplantation”, <http://www.ccne-ethique.fr>, 4: “(...) pour la simple raison qu’un mort ne donne pas (...)”.

⁵⁵⁷ M.n. art. 1ter, 2° Orgaantransplantatiewet.

⁵⁵⁸ Art. 1ter, 14° Orgaantransplantatiewet.

⁵⁵⁹ A. CHIOCCARELLO, “La directive « organes »: une harmonisation à poursuivre”, *Gaz. Pal.* 2010, (3209) 3209. Zie voor dergelijke ruime omschrijving ook: EDQM, “Organ Shortage: Current Status and Strategies for the Improvement of Organ Donation – A European Consensus Document”, 2003, <http://www.edqm.eu> (glossary), waar de transplantatie wordt gedefinieerd als een procedure beginnend van de identificatie van potentiële donoren en eindigend bij de implantatie; Aanbeveling Rec(2004)7 van 19 mei 2004 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa aan de lidstaten over orgaanhandel, <http://www.coe.int>, appendix art. 4.5., waar onder transplantatie het gehele proces van wegneming tot implantatie, inclusief alle procedures voor voorbereiding, preservatie, opslag en transport, wordt verstaan; Initiatief van de Helleense Republiek betreffende de aanneming van het kaderbesluit van de Raad betreffende de voorkoming en bestrijding van de handel in menselijke organen en weefsels (2003/C 100/13), *Pb. C.* 26 april 2003, afl. 100, 28, waar onder transplantatie het gehele proces van verwijdering tot implantatie, inclusief alle procedures voor voorbereiding, preservatie en opslag, wordt verstaan; artikel 2, lid 4, eerste streepje Transplantatieprotocol EVRM-Bio, waar de wegneming, implantatie, bereiding, preservatie en opslag van organen allen worden vervat in het transplantatiebegrip. Ook vroeger werd ‘transplantatie’ wel eens zo gedefinieerd dat het ook de wegneming of explantatie zou bevatten: W. DREESSEN, “Orgaantransplantatie en mensenrechten”, *Jura Falc.* 1984-85, (500) 501. Vgl. ook de definitie van I. BOONE, “Het wegnemen en transplanteren van organen volgens het Belgische recht”, *TPR* 1996, (91) 97: “(...) de medische ingreep waarbij organen of weefsels weggenomen worden van een menselijk lichaam (explantatie), om deze vervolgens over te brengen naar het lichaam van een levend persoon (implantatie)”. Zie ook nu nog: Tw. ‘transplantation’ in Merriam-Webster Medical Dictionary, <http://www.merriam-webster.com/medical>.

⁵⁶⁰ Vgl. Memorie van toelichting Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 33.

⁵⁶¹ Dit is niet het geval voor voormeld Transplantatieprotocol EVRM-Bio. Nochtans past het daar gehanteerde transplantatie begrip ook niet altijd vlot. Zie bv. art. 3, eerste lid, waar transplantatie enkel op de ingreep bij de ontvanger betrekking heeft.

Het begrip ‘transplanteren’ lijkt dus vooral te moeten worden begrepen als het fysiek overbrengen of inplanten van het orgaan van de donor op of in de ontvanger, m.a.w. de operatieve fase bij de ontvanger.⁵⁶² Het gebruik van de term ‘proces’ verzet zich hier niet tegen. Hiermee kunnen dan de verschillende (medische) handelingen die de artsen stellen tijdens de inplantingsoperatie, bedoeld worden. De definiëring als een “*proces dat tot doel heeft*” is niettemin verwarrend. Indien het de bedoeling was om transplantatie ruim op te vatten als alle fasen rondom de inplanting, dan had de wetgever beter twee verschillende termen gehanteerd, zoals bv. ‘implantatie’ versus ‘transplantatie’, ofwel ‘transplantatie’ versus ‘transplantatieproces’.

2. Transplantatie van een ‘donor’ naar een ‘ontvanger’

120. Er is juridisch gezien pas sprake van transplantatie indien ze wordt verricht van een ‘donor’ naar een ‘ontvanger’.⁵⁶³ De ontvanger wordt gedefinieerd als een persoon bij wie een orgaan geïmplant wordt.⁵⁶⁴ De donor wordt gedefinieerd als een persoon die één of meerdere organen doneert, ongeacht of de donatie tijdens het leven of na de dood van die persoon plaatsvindt.⁵⁶⁵ Zowel de levende, als de overleden donoren worden dus geïmplant. De bedoeling achter de omschrijving van de donor was om duidelijk te maken dat een levende donor die sterft na of tijdens de wegneming, geen overleden donor wordt. Men achtte het moment van de donatie bepalend voor de kwalificatie als levende, dan wel overleden donor.⁵⁶⁶ Wanneer men echter doneert en sterft vóór de wegneming, gaat het niet meer om een levende donor. De wegneming is dus wél bepalend.

121. Het is vooral van belang dat de ontvanger een *persoon* moet zijn en dat de donor een persoon moet zijn of moet zijn geweest. Hieruit kan wederom worden afgeleid dat transplantatie tussen dier en mens, alsook tussen dieren onderling buiten het toepassingsgebied van de Orgaantransplantatiewet valt. Dieren zijn juridisch gezien immers geen personen, maar goederen.⁵⁶⁷ Maar in welke gevallen kan er wel van een persoon gesproken worden? Voor deze vraag moet een onderscheid gemaakt worden tussen het begin van de persoon (*infra a*) en het einde van de persoon (*infra b*). Daarnaast rijst ook de vraag naar situaties waarbij tegelijk meerdere personen betrokkene zijn (*infra c*).

a. Begin van de persoon

1) Algemene regel

122. Vanaf wanneer kan men spreken van een persoon in juridische zin? De Orgaantransplantatiewet biedt geen uitdrukkelijk antwoord op deze vraag, zodat het gemene

⁵⁶² Dit strookt met de gebruikelijke betekenis van transplantatie. Voordat het begrip werd gedefinieerd, moest dit conform de wil van de wetgever in zijn ‘ruimste betekenis’ worden ingevuld, waarbij werd verduidelijkt dat het gaat om elke overbrenging, inplanting of overenting of welke term ook: Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 1984-1985, nr. 832-1, 4. *Contra*: Sec. 3. Quality and Safety of Organs Intended for Transplantation Regulations 2012 (Verenigd Koninkrijk).

⁵⁶³ Art. 1^{ter}, 14° Orgaantransplantatiewet.

⁵⁶⁴ Art. 1^{ter}, 10° Orgaantransplantatiewet.

⁵⁶⁵ Art. 1^{ter}, 2° Orgaantransplantatiewet.

⁵⁶⁶ Report of 26 march 2010 of the Committee on the Environment, Public Health and Food Safety on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on standards of quality and safety of human organs intended for transplantation, <http://www.europarl.europa.eu>, 18: oorspronkelijk werd donor gedefinieerd als “elke menselijke bron van organen, zowel levend, als overleden”.

⁵⁶⁷ Zie o.a.: art. 522 en 528 BW; V. SAGAERT, *Goederenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 156.

recht moet worden toegepast. Naar gemeen recht neemt de rechtsleer bij wijze van algemene regel aan dat de persoon ontstaat vanaf de geboorte, op voorwaarde dat het kind levend én levensvatbaar geboren wordt.⁵⁶⁸ De ‘geboorte’ wordt daarbij niet beschouwd als een rechtsbegrip, zodat de gewone taalkundige betekenis – met name uit de baarmoeder komen – gevolgd wordt.⁵⁶⁹

123. Zoals gezegd, volstaat de geboorte niet. Het kind moet *levend* geboren zijn. ‘Levend’ wordt nergens door de wet gedefinieerd. De vaststelling ervan wordt beschouwd als een feitenkwestie, die volgens de medische wetenschap dient te worden ingevuld.⁵⁷⁰ Het leven kan blijken uit een deskundigenonderzoek.⁵⁷¹ Meestal komt dit volgens de rechtsleer erop neer dat het kind, zelfs maar een kort moment, moet geademd hebben.⁵⁷² Maar ook andere indicaties kunnen in acht genomen worden.⁵⁷³ Op basis hiervan geldt dat doodgeboren kinderen geen personen zijn en dus buiten het toepassingsgebied van de Orgaantransplantatiewet vallen.⁵⁷⁴

124. Daarnaast moet het kind ook *levensvatbaar* geboren zijn. ‘Levensvatbaar’ wordt evenmin door de wet gedefinieerd, zodat ook dit wordt beschouwd als een medische feitenkwestie en doorgaans als een taak voor experts.⁵⁷⁵ Meestal begrijpt men onder de levensvatbaarheid de noodzakelijke fysiologische geschiktheid of potentie om enige tijd zelfstandig in leven te kunnen blijven.⁵⁷⁶ Indien het wezen in de absolute onmogelijkheid verkeert om te overleven, is het niet levensvatbaar.⁵⁷⁷ Levensvatbaarheid is een feitelijk begrip dat samenhangt met de evolutie van de medische wetenschap.⁵⁷⁸ De levensvatbaarheid zal

⁵⁶⁸ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II. *Les Personnes*, Brussel, Bruylant, 1962, nr. 236; M.T. MEULDERS-KLEIN, “Le corps humain, personnalité juridique et famille en droit belge” in TRAVAUX DE L’ASSOCIATION HENRI CAPITANT XXVI, *Le corps humain et le droit (journées belges)*, Parijs, Dalloz, 1975, (19) 22; E. GULDIX, “De impact van de medische wetenschap en techniek op het personen- en gezinsrecht”, *RW* 1993-94, (1104) 1109; A. HEYVAERT, *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed*, Gent, Mys & Breesch, 2000 (2^{de} ed.), 27, nr. 55; G. BAETEMAN, *Personen- en gezinsrecht*, Deurne, Kluwer, 1992, nr. 68; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2011, 45, nr. 39; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 43; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2005, 32-33, nrs. 16-17; R. DEKKERS en A. WYLLEMAN, *Handboek burgerlijk recht. Deel I. Personen- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 49. Deze persoonsvoorwaarden kunnen volgens de rechtsleer afgeleid worden uit art. 80bis, art. 331bis, art. 725, lid 2, 2^o en art. 906 BW, alsook art. 2, 23^o Wet van 7 mei 2004 inzake experimenten op de menselijke persoon (BS 18 mei 2004) en art. 2, 4^o en 5^o Wet Menselijk Lichaamsmateriaal. Art. 2, 23^o Wet van 7 mei 2004 stelt dit zeer uitdrukkelijk, daar waar het uit de andere bepalingen moet worden afgeleid met enig redeneerwerk.

⁵⁶⁹ F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 2010, 43, die ook verwijst naar art. 55 BW, waar wordt gesproken van ‘bevalling’. Zie ook: G. BAETEMAN, *Personen- en gezinsrecht*, 1992, nr. 67, die stelt dat het kind moet zijn afgescheiden van het lichaam van de vrouw, en dus dat ook de navelstreng moet zijn doorbroken; M.T. MEULDERS-KLEIN, o.c. in TRAVAUX DE L’ASSOCIATION HENRI CAPITANT XXVI, *Le corps humain et le droit (journées belges)*, 1975, (19) 23, waar wordt gesteld dat het ‘bevallingsproces’ moet afgelopen zijn.

⁵⁷⁰ H. DE PAGE, *Traité*. II. *Les Personnes*, Brussel, Bruylant, 1962, nr. 236.

⁵⁷¹ D. LYBAERT, “Het begrip ‘menselijke persoon’ in het Belgische strafrecht”, *Panopticon* 1993, (390) 392.

⁵⁷² H. DE PAGE, *Traité*. II. *Les Personnes*, Brussel, Bruylant, 1962, nr. 236; G. BAETEMAN, *Personen- en gezinsrecht*, 1992, nr. 68; A. HEYVAERT, *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed*, 2000 (2^{de} ed.), 28; R. DEKKERS en A. WYLLEMAN, *Handboek burgerlijk recht. Deel I. Personen- en familierecht*, 2009, 49; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 2010, 43.

⁵⁷³ M.T. MEULDERS-KLEIN, o.c. in TRAVAUX DE L’ASSOCIATION HENRI CAPITANT XXVI, *Le corps humain et le droit (journées belges)*, 1975, (19) 23.

⁵⁷⁴ H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 2005, 279, 434 en 512; A. DE KOEKELAERE, o.c., *RW* 1993-94, (481) 495; *Vr. en antw.* Kamer 1995-96, 24 juni 1996, 5147, *Vr.* nr. 140 A. COLLEN.

⁵⁷⁵ M.T. MEULDERS-KLEIN, o.c. in TRAVAUX DE L’ASSOCIATION HENRI CAPITANT XXVI, *Le corps humain et le droit (journées belges)*, 1975, (19) 24.

⁵⁷⁶ H. DE PAGE, *Traité*. II. *Les Personnes*, Brussel, Bruylant, 1962, nr. 236; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 2010, 43; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2005, 32, nr. 16; A. HEYVAERT, *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed*, 2000 (2^{de} ed.), 28; G. BAETEMAN, *Personen- en gezinsrecht*, 1992, nr. 67; R. DEKKERS en A. WYLLEMAN, *Handboek burgerlijk recht. Deel I. Personen- en familierecht*, 2009, 49.

⁵⁷⁷ P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, 2011, 45, nr. 39.

⁵⁷⁸ Vgl. Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2005, 32, nr. 16; H. DE PAGE, *Traité*. II. *Les Personnes*, Brussel, Bruylant, 1962, nr. 236; R. DIERKENS, *Lichaam en lijk*, 1962, nr. 29; M.T. MEULDERS-KLEIN, o.c. in TRAVAUX DE L’ASSOCIATION HENRI CAPITANT XXVI, *Le corps humain et le droit (journées belges)*, 1975, (19) 24; C. HENNAU-HUBLET, noot onder Cass. 11 februari 1987, *RDP* 1987, (827) 829-830.

telkens *in concreto* moeten worden vastgesteld. Er kan dus rekening worden gehouden met de mogelijkheid om een van nature niet-levensvatbaar kind, alsnog via medische tussenkomst levensvatbaar te maken.

Hierbij moet weliswaar worden opgemerkt dat de levensvatbaarheidsvoorwaarde *niet* wordt gesteld in de context van dodingsmisdrijven (art. 392 e.v. Sw.). Dit werd zo beslist door het Hof van Cassatie in zijn arrest van 11 februari 1987.⁵⁷⁹ Deze afwijking van het gemeenrechtelijke persoonsbegrip is een toepassing van de theorie van de (conceptuele) autonomie van het strafrecht. Volgens deze theorie is het strafrecht niet gebonden aan begrippen uit andere rechtsgebieden zodat het strafrecht niet van zijn eigen doel en functie zou worden afgewend.⁵⁸⁰ Dat de Orgaantransplantatiewet een strafrechtelijk karakter heeft, wil echter nog niet zeggen dat er in het raam van deze wet evenmin een levensvatbaarheidsvoorwaarde zou gelden. Op basis van de leer van de conceptuele autonomie van het strafrecht moet rekening worden gehouden met het doel van de strafwet in kwestie. Als men dan kijkt naar de inhoud van de Orgaantransplantatiewet, dan moet besloten worden dat deze wet niet uitgaat van dezelfde bezorgdheid als artikelen 392 e.v. Sw. In het strafwetboek wilde men pasgeborenen zo goed mogelijk beschermen tegen de aantasting van hun fysieke integriteit. Aldus houdt het weglaten van het levensvatbaarheidsvereiste steek, aangezien hierdoor een ruimere bescherming wordt geboden. Daarentegen is het weglaten van deze voorwaarde in de context van de Orgaantransplantatiewet niet nodig ter bescherming van de fysieke integriteit van pasgeborenen, aangezien orgaanwegname bij levende pasgeborenen sowieso geen optie is naar huidig recht⁵⁸¹ en aangezien orgaanwegname na overlijden vanzelfsprekend evenmin een bedreiging van de fysieke integriteit bij leven inhoudt. Er lijkt dus geen reden te bestaan om in het raam van de Orgaantransplantatiewet af te wijken van het gemeenrechtelijke persoonsbegrip, dat vereist dat het kind levend én levensvatbaar geboren moet zijn.

2) *Toepassing op de donor*

125. Ten aanzien van de donor zijn de bovenstaande persoonsvoorwaarden vooral problematisch in het uitzonderlijke geval van *anencefalie*. Bij kinderen lijdend aan anencefalie ontbreekt een deel van de hersenen.⁵⁸² De vraag is of de anencefalen die levend geboren worden, ook levensvatbaar zijn en dus als persoon kunnen worden beschouwd. Deze vraag is hier zeer relevant omdat de organen van anencefalen, zoals onder andere hart, longen, nieren, lever, desgevallend getransplanteerd kunnen worden bij andere kinderen. De vraag is of zo'n eventuele wegneming en transplantatie van organen van anencefalen al dan niet onder de Orgaantransplantatiewet valt.

In België moet zoals gezegd de levensvatbaarheid steeds *in concreto* beoordeeld worden. Maar in principe zal een negatief antwoord zich opdringen. Anencefalie is immers “*uniformly lethal and not treatable*” en de grote meerderheid van de anencefalen die levend

⁵⁷⁹ Cass. 11 februari 1987, *Arr. Cass.* 1986-87, 780, *VI. T. Gez.* 1987, 45, noot J.J. ANDRE, *JT* 1987, 738, noot F. KEFER en *RDP* 1987, concl. adv.-gen. JANSSENS DE BISTHOVEN en noot C. HENNAU-HUBLET. Zie ook: Corr. Leuven 27 april 1966, *RGAR* 1967, nr. 7844; J. DE HERDT, *Fysiek interpersoonlijk geweld*, 2014, 19-24; D. LYBAERT, o.c., *Panopticon* 1993, (390) 396; A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005 (5^{de} ed.), 187.

⁵⁸⁰ D. LYBAERT, o.c., *Panopticon* 1993, (390) 394-395. Zie ook: F. KEFER, o.c., *JT* 1987, (739) 742, nr. 19 e.v.; R. VERSTRAETEN en F. VERBRUGGEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors. Deel 1*, Antwerpen, Maklu, 2012 (6^{de} ed.), nrs. 23-25; J. ROZIE, o.c. in J. ROZIE (ed.), *Het onroerend goed in het straf(proces)recht*, 2012, 2-3, nrs. 3-4.

⁵⁸¹ Art. 7, § 2 Orgaantransplantatiewet.

⁵⁸² A.A.F. JOCHEMS en F.W.M.G. JOOSTEN, *Coelho*, 40.

geboren worden, sterven binnen de dag.⁵⁸³ Aangezien het anencefaal kind fysiologisch dus niet geschikt blijkt om te (over)leven, kan worden besloten dat het niet levensvatbaar is en dus geen rechtspersoonlijkheid verwerft of hoort te verwerven.⁵⁸⁴ Ze vallen dus evenmin als donor onder het toepassingsgebied van de Orgaantransplantatiewet.⁵⁸⁵

3) Toepassing op de ontvanger

126. Ten aanzien van de ontvanger zouden de bovenstaande persoonsvoorwaarden in enkele specifieke gevallen eveneens tot problemen kunnen leiden. Er valt met name te denken aan *fetal listing*, alsook aan kinderen die al wel levend maar niet spontaan levensvatbaar geboren zijn.

a) Fetal listing

127. Een ongeboren foetus voldoet uiteraard niet aan het vereiste van levende geboorte en kan naar Belgisch recht dus nog niet als persoon worden gekwalificeerd. In de Verenigde Staten en Canada bestaat echter de mogelijkheid om ongeboren foetussen reeds als kandidaat-ontvanger op de orgaanwachtlIJst te plaatsen indien prenatale diagnosetesten uitwijzen dat het ongeboren maar zieke kind geschikt is voor transplantatie.⁵⁸⁶ In België kunnen daarentegen strikt genomen enkel kandidaat-*ontvangers*, m.a.w. enkel personen, op de wachtlIJst worden geplaatst,⁵⁸⁷ zodat dergelijke *fetal listing* of *in utero listing* hier niet toegelaten lijkt.

Dit kan echter worden genuanceerd. Er zou desgevallend gedacht kunnen worden aan twee rechtvaardigingsgronden om de strikte toepassing van de wet te omzeilen. Enerzijds zou geprobeerd kunnen worden om een beroep te doen op de noodtoestand.⁵⁸⁸ Hierbij zal men moeten aantonen dat het belang van het redden van de levenskansen van de foetus van hogere waarde is dan het belang – als dat al bestaat⁵⁸⁹ – om geen foetussen op de wachtlIJst te plaatsen én dat dit laatste belang moet worden opgeofferd om het eerste belang te vrijwaren van een dreigend gevaar. Anderzijds zou gezocht kunnen worden naar een expliciete of impliciete toelating van de wet (art. 70 Sw.).⁵⁹⁰ Zo valt bv. te denken aan artikel 422*bis* Sw. Deze bepaling legt een hulpverleningsplicht op indien een persoon wordt blootgesteld aan een groot gevaar, dat zowel de fysieke als psychische integriteit kan betreffen. Aldus zou men de psychische integriteit van de zwangere vrouw kunnen aangrijpen om artikel 422*bis* Sw. hier van toepassing te achten ten gunste van de foetus.⁵⁹¹

⁵⁸³ N. OBEIDI *et al.*, “The Natural History of Anencephaly”, *Prenat. Diagn.* 2010, (357) 357, waar de langste gerapporteerde overleving hooguit 6 dagen bedraagt.

⁵⁸⁴ In die zin ook: H. DE PAGE, *Traité. II. Les Personnes*, Brussel, Bruylant, 1962, nr. 236.

⁵⁸⁵ T. VANSWEEVELT, “Art. 1 Orgaantransplantatiewet” in H. CASMAN (ed.), *Personen- en familierecht: artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, 2007, currens, losbl., 10-11; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 94-95 en 189, waar niettemin werd gesteld dat ze als menselijke wezens wel met respect moeten worden behandeld en dat hierover specifieke wetsbepalingen inzake de wegneming van lichaamsmateriaal nodig zijn.

⁵⁸⁶ OPTN Policy 3.4.H., www.optn.transplant.hrsa.gov; B.J. RUSSELL, “Fetal Listing for Organ Transplantation in Canada”, *Transpl. Proc.* 2006, 2737-2741; S.M. POLLOCK-BARZIV *et al.*, “Waiting Before Birth: Outcomes After Fetal Listing for Heart Transplantation”, *Am. J. Transpl.* 2008, 412-418.

⁵⁸⁷ Art. 13ter Orgaantransplantatiewet. Zie uitvoerig *infra* Deel VI, Hoofdstuk I, afd. 2 over de wachtlIJstregeling.

⁵⁸⁸ Zie uitgebreider *infra* Deel IV, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, D.1., over de noodtoestand als rechtvaardigingsgrond.

⁵⁸⁹ De wetgever lijkt deze hypothese immers geenszins te hebben voorzien, zodat hij er ook nog geen waardeoordeel over kon uitspreken.

⁵⁹⁰ Zie uitgebreider *infra* Deel IV, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, A. over de toelating van de wet als rechtvaardigingsgrond.

⁵⁹¹ Vgl. J. DE HERDT, *Fysiek interpersoonlijk geweld*, 2014, 170-171.

b) Levend maar niet spontaan levensvatbaar

128. Uitzonderlijk kan het vervolgens gebeuren dat een kind levend geboren wordt, maar een bepaald vitaal orgaan mist of dat dit orgaan onvoldoende functioneert om op zelfstandige wijze in leven te blijven.⁵⁹² Kan men dan spreken van een persoon en dus van een mogelijke orgaanontvanger? Een positief antwoord zou wenselijk zijn. Net zoals oudere ontvangers heeft deze jonge ontvanger er immers belang bij dat met name de kwaliteits- en veiligheidsregels, alsook de orgaantoebedelingsregels uit de Orgaantransplantatiewet toegepast worden.

In de rechtsleer werd vroeger wel eens gesteld dat er geen sprake is van levensvatbaarheid indien het kind essentiële organen mist.⁵⁹³ Nochtans wordt aanvaard dat de levensvatbaarheid geval per geval bekeken wordt, desnoods aan de hand van een deskundigenonderzoek.⁵⁹⁴ Een werkelijke *in concreto* beoordeling veronderstelt dat ook rekening wordt gehouden met de mogelijkheden van de medische wetenschap. Indien nu blijkt dat het kind in leven kan gehouden worden via een medische tussenkomst, dan kan worden verdedigd dat het kind *in concreto* levensvatbaar is. Het kind dat een (goed functionerend) orgaan mist, maar door een transplantatie gered kan worden, kan reeds als een ontvanger in de zin van de Orgaantransplantatiewet worden beschouwd. Deze oplossing sluit m.i. ook aan bij de gedachte achter het burgerrechtelijk persoonsbegrip. Het is de bedoeling om onder meer aan de hand van de levensvatbaarheid uit te maken welke wezens het waard zijn om als dragers van rechten en plichten te worden erkend. Waarom zou men hiervoor abstractie maken van de medische wetenschap en haar capaciteit om een van nature niet-levensvatbaar kind om te vormen tot een levensvatbaar kind? Deze therapeutische manipulatie van de natuur wegcijferen zou hypocriet zijn en de grondvesten van de hele medische wetenschap doen wankelen. Kortom: zelfs een kind dat levend is geboren en slechts via medische tussenkomst levensvatbaar is (en dus effectief een speler in het rechtsverkeer verdient te worden) moet als persoon erkend worden. Bij anencefalen is het vooralsnog niet mogelijk om deze aandoening te genezen, zodat hierbij een erkenning als volwaardig persoon opgaat.

Niet enkel op basis van het burgerrechtelijk persoonsbegrip, maar ook op basis van het strafrechtelijk persoonsbegrip kan trouwens worden verdedigd dat een kind dat vitale organen mist, maar levensvatbaar kan worden gemaakt door transplantatie, als een ontvanger in de zin van de Orgaantransplantatiewet beschouwd moet kunnen worden. Hoewel het Hof van Cassatie zich in zijn arrest van 11 februari 1987 niet duidelijk heeft uitgesproken over artikel 422bis Sw., kan op basis van de redenering van het Hof naar analogie aanvaard worden dat ook in het raam van deze strafbepaling de persoon reeds bestaat zodra hij levend is geboren, zonder levensvatbaar te moeten zijn.⁵⁹⁵ De arts zal dus hoe dan ook verplicht zijn om proberen zinvolle hulp te verlenen aan de pasgeborene, los van de vraag of het kind al levensvatbaar is. Dit kan ertoe leiden dat hij een orgaan moet transplanteren in de pasgeborene onder de voorwaarden van de Orgaantransplantatiewet.

⁵⁹² A. HEYVAERT, *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed*, 2000 (2^{de} ed.), 28.

⁵⁹³ H. DE PAGE, door J.-P. MASSON, *Traité*, II, nr. 4. In dezelfde zin: G. BAETEMAN, *Personen- en gezinsrecht*, 1992, nrs. 67 en 68.

⁵⁹⁴ H. DE PAGE, door J.-P. MASSON, *Traité*, II, nr. 4; M.T. MEULDERS-KLEIN, o.c. in TRAVAUX DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT XXVI, *Le corps humain et le droit (journées belges)*, 1975, (19) 24.

⁵⁹⁵ F. KEFER, o.c., *JT* 1987, (739) 744, nr. 26; H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 2005, 273, nrs. 606-608 en 279, nr. 620.

b. Het einde van de persoon

129. De persoon eindigt in principe met het overlijden.⁵⁹⁶ Na het overlijden blijft de kwalificatie als donor mogelijk, maar die van ontvanger niet meer. De Orgaantransplantatiewet is dus niet van toepassing op de transplantatie van organen op lijken (bv. een zogenaamde *mock transplantation*,⁵⁹⁷ die wordt uitgevoerd bij wijze van oefening). Wegens de bijzondere problemen die in verband met de vaststelling van het overlijden bij orgaandonatie en -transplantatie rijzen, zal hierop in Deel V uitgebreider worden ingegaan.

c. Het aantal personen

130. Het aantal donoren of ontvangers, dan wel het aantal organen waartussen de transplantatie plaatsvindt, heeft voor alle duidelijkheid géén invloed op de toepasbaarheid van de Orgaantransplantatiewet. Zo is deze wet ook van toepassing op de situatie waarbij één donor verschillende organen doneert aan één of meerdere ontvangers ('multi-orgaandonatie'⁵⁹⁸), alsook de situatie waarbij verschillende donoren elk één of meerdere organen doneren aan één ontvanger.

3. Transplantatie van bioartificiële organen

131. Dat het orgaan op zich afkomstig moet zijn van een 'persoon' is eveneens van belang voor volledig bioartificiële organen. Dergelijk lichaamsmateriaal zou in principe wel onder de wettelijke definitie van 'orgaan' kunnen vallen. Hoewel ze zijn opgebouwd met lichaamsmateriaal (m.n. stamcellen en gedecellulariseerde structuren) van een donor, is het te transplanteren orgaan op zich niet datgene wat van deze donor afkomstig is. Deze organen zullen normaal vanuit een ontwikkelingslabo bij de ontvanger getransplanteerd worden. In dat geval zal de Orgaantransplantatiewet m.i. niet van toepassing zijn. Dit is ook logisch, aangezien de donatie- en allocatieaspecten verschillen van de hypothese waarin de bron van het orgaan *as such* een menselijke persoon is. De Orgaantransplantatiewet zal daarentegen wel van toepassing zijn indien een volledig bioartificieel orgaan reeds bij een persoon was getransplanteerd en vervolgens opnieuw getransplanteerd wordt. Maar gelet op de beperkte graad van ontwikkeling van deze nieuwe technologie is zo'n hergebruik nog puur hypothetisch.

4. Autotransplantatie

132. Moeten de donor en de ontvanger verschillende personen zijn? Of valt autotransplantatie ook onder het toepassingsgebied? Uiteraard is deze vraag enkel van belang bij levende donatie. Hoewel zeldzaam bij organen, kan dergelijke autotransplantatie bv. betrekking hebben op een nier, die uit het lichaam van de patiënt wordt gehaald via nefrectomie om ze te behandelen en

⁵⁹⁶ P. SENAEEVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, 2011, 47, nr. 44; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 2010, 50, nr. 77.

⁵⁹⁷ Bv. M. SIEMIONOW en C.R. GORDON, "Overview of Guidelines for Establishing a Face Transplant Program: A Work in Progress", *Am. J. Transpl.* 2010, vol. 10, (1290) 1290 en 1292.

⁵⁹⁸ Dit betreft met name de wegneming van zowel thoraxorganen (hart en longen), als abdominale organen (lever, nieren en pancreas), meestal in die volgorde: F.L. DELMONICO, "Organ procurement" in P.J. MORRIS en W.C. WOOD (eds.), *Oxford Textbook of Surgery. Vol. 1*, Oxford, Oxford University Press, 2000 (2^{de} ed.), (625) 642; B. VAN HAELEWIJCK, *Don d'organes. Don de tissus*, 2002, 85 en 92-95; M.L. STURDEVANT en A. HUMAR, "Standard Multiorgan Procurement" in A. HUMAR, A.J. MATAS en W.D. PAYNE (eds.), *Atlas of Organ Transplantation*, Londen, Springer, 2006, 1-23. Zie ook: Resolutie WHA44.25 on Human organ transplantation, 44th World Health Assembly, 13 mei 1991, <http://www.who.int>, waar de lidstaten van de WHO expliciet werden aangeraden om de idee van multi-orgaandonatie voor transplantatie van overleden donoren te verspreiden.

hierna opnieuw in te planten (*ex vivo repair*).⁵⁹⁹ Ook andere organen kunnen voor dergelijke autotransplantatie in aanmerking komen.⁶⁰⁰

Bepaalde organen, met name ledematen (bv. vinger), die per ongeluk zijn afgescheiden van het lichaam (bv. ongeluk met een zaagmachine), kunnen soms teruggeplaatst worden indien ze relatief weinig beschadigd zijn en in ijs worden verpakt.⁶⁰¹ Dit terugplaatsen betreft voor alle duidelijkheid geen autotransplantatie. Er komt hier immers geen donatie of wegneming aan te pas, zodat er geen sprake is van een donor en er dus ook geen sprake van transplantatie kan zijn. Onder meer de Wet Patiëntenrechten is hierop van toepassing.

133. Oorspronkelijk was de Orgaantransplantatiewet enkel van toepassing wanneer het orgaan van een persoon naar een *ander* persoon werd getransplanteerd, wat autotransplantatie uitsloot.⁶⁰² De programmawet van 22 december 2003⁶⁰³ heeft deze beperking opgeheven, met name als gevolg van het arrest van de Raad van State in de zaak AG Cryo-Cell.⁶⁰⁴ Ingevolge deze wetswijziging werd vanaf dan uitdrukkelijk bepaald dat de Orgaantransplantatiewet wel van toepassing is op de hypothese waarbij de ontvanger *dezelfde* persoon is als de donor. Deze aanpassing was vooral ingegeven om autotransplantatie van cellen te regelen.

Met de wijzigingswet van 3 juli 2012 werd de omschrijving van het toepassingsgebied van de Orgaantransplantatiewet aangepast naar het voorbeeld van Richtlijn 2010/53/EU. Sindsdien wordt autotransplantatie niet meer uitdrukkelijk gevisieerd in de wet. Maar noch de definitie van transplantatie, noch die van wegneming en van donor of ontvanger sluit autotransplantatie uit.⁶⁰⁵ Eventueel kan men stellen dat donatie volgens haar gewone taalkundige betekenis impliceert dat de schenking gebeurt ten aanzien van een ander persoon dan de schenker. Maar ook dit kan niet met zekerheid gezegd worden, aangezien de vorige versie van de wettekst in het geval van autotransplantatie eveneens sprak over de ‘donor’.⁶⁰⁶ De wil van de wetgever aangaande autotransplantatie blijkt evenmin uit de voorbereidende werken. Aan deze hypothese lijkt helemaal niet te zijn gedacht, wat wegens het uitzonderlijke karakter van autotransplantatie met organen niet verbaast.

Biedt de term transplantatie misschien zelf een antwoord? De juridische definitie van ‘transplantatie’ biedt geen aanknopingspunt. Maar volgens sommige medische definities betreft ‘transplantatie’ de overplanting van een orgaan naar een ander lichaam of op een andere plaats in het (zelfde) lichaam.⁶⁰⁷ Overplanting binnen hetzelfde lichaam wordt dus enkel als

⁵⁹⁹ C.S. DESAI *et al.*, “Autotransplantation of Solitary Kidney With Renal Artery Aneurysm Treated With Laparoscopic Nephrectomy and Ex Vivo Repair: A Case Report”, *Trans. Proc.* 2011, 43, 2789-2791; J.P. CORBETTA *et al.*, “Renal autotransplantation for the treatment of renovascular hypertension in the pediatric population”, *J. Pediatr. Urol.* 2011, 7, 378-382. In België blijft de nier blijkbaar nog wel verbonden aan de ureter: H. VAN DAMME *et al.*, “Renal autotransplantation: a kidney-saving procedure”, *Act. Chir. Belg.* 1990, 54-58.

⁶⁰⁰ Zie bv.: J. WEI *et al.*, “Autotransplantation of Heart for Repair of Left Ventricular Rupture After Mitral Valve Replacement”, *Transpl. Proc.* 2001, vol. 33, 3553-3554; G. SELVAGGI *et al.*, “Expanded Use of Transplantation Techniques: Abdominal Wall Transplantation and Intestinal Autotransplantation”, *Transpl. Proc.* 2004, vol. 36, 1561-1563.

⁶⁰¹ M.H. BEERS *et al.*, *Merck Manual*, 2005 (2^{de} ed.), 1089.

⁶⁰² Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 832/1, 4. Zo ook: Art. 1, lid 1 Appendix bij Resolutie (78) 29 van 11 mei 1978, <http://www.coe.int>.

⁶⁰³ BS 31 december 2003.

⁶⁰⁴ RvS 24 februari 2003, nr. 116.329; RvS 2 oktober 2003, nr. 123.739 en RvS 24 februari 2005, nr. 141.137 AG Cryo-cell Zwitserland, www.raadvst-consetat.be.

⁶⁰⁵ Zie in dezelfde zin: S. TACK, “[commentaar bij de Orgaantransplantatiewet]” in D. FORNACIARI, T. GOFFIN en S. TACK (eds.), *Zorginstellingen in diverse takken van het recht, in Larcier Wet en Duiding*, Brussel, Larcier, 2013, (179) 181, waar pancreaseilandjes en beenmerg evenwel onterecht als ‘orgaan’ worden beschouwd.

⁶⁰⁶ Ook in het raam van de Wet Menselijk Lichaamsmateriaal wordt het begrip ‘donor’ ruim ingevuld als “*elke menselijke bron, dood of levende, van menselijk lichaamsmateriaal*” (art. 2, 8° Wet Menselijk Lichaamsmateriaal), wat op zich autoloog gebruik niet uitsluit.

⁶⁰⁷ A.A.F. JOCHEMS en F.W.M.G. JOOSTEN, *Coëlho*, 914; Tw. ‘transplantation’ en tw. ‘transplant’ in Merriam-Webster Medical Dictionary, <http://www.merriam-webster.com/medical>.

‘transplantatie’ gedefinieerd als de overplanting ‘heterotoop’ is, met andere woorden naar een *andere* plaats dan waar het lichaamsmateriaal zich normaal bevindt.⁶⁰⁸ Bij het aangehaalde voorbeeld van ‘autotransplantatie’ van een nier is de ingreep orthotoop, met andere woorden naar *dezelfde* plaats waar het lichaamsmateriaal zich normaal bevindt.⁶⁰⁹ Volgens bepaalde medische definities zou het dus niet gaan om een ‘transplantatie’. Op basis hiervan zou *prima facie* kunnen worden geargumenteed dat deze beperkte invulling van ‘transplantatie’ ook op juridisch vlak moet worden doorgetrokken. Andere medische woordenboeken spreken daarentegen eveneens van transplantatie wanneer het een orthotope overplanting betreft.⁶¹⁰ De term transplantatie in haar medische betekenis biedt dus uiteindelijk toch geen uitsluitsel.

134. Een nadere analyse toont al gauw aan dat de regels van de Orgaantransplantatiewet niet zijn aangepast voor autotransplantatie. Zo zou autotransplantatie van organen strikt gezien niet mogelijk zijn bij minderjarigen, aangezien de wegneming met het oog op transplantatie enkel ten behoeve van een broer of zus kan geschieden.⁶¹¹ Dit kan de therapeutische belangen van de minderjarige ernstig schaden. Bij autotransplantatie is er bovendien een rechtstreeks therapeutisch belang voor de ‘donor’. Er is maar één patiënt. Aldus verschilt de risicoafweging *in abstracto* van de afweging die moet worden gemaakt bij het transplanteren van een orgaan tussen verschillende personen. Ook het allocatieprobleem zal zich niet stellen. De transplantatie kan dan best volledig onder de gemeenrechtelijke regels van o.a. de Wet Patiëntenrechten worden gelaten.⁶¹² De toevoeging van autotransplantaties aan het toepassingsgebied van de Orgaantransplantatiewet gebeurde trouwens oorspronkelijk slechts met het oog op het regelen van het autologe gebruik van weefsels en cellen, met name uit navelstrengbloed.⁶¹³ Weefsels en cellen vallen nu echter niet meer onder de Orgaantransplantatiewet, maar wel onder de Wet Menselijk Lichaamsmateriaal. En deze laatste wet weert autotransplantatie van weefsels en cellen tijdens eenzelfde ingreep uit haar toepassingsgebied.⁶¹⁴ Voorlopig zou dezelfde interpretatie reeds verdedigd kunnen worden in het raam van de Orgaantransplantatiewet op basis van haar *ratio legis* en op basis van het legaliteitsbeginsel. Het is niettemin aangeraden om de onzekerheid weg te werken door ook in de Orgaantransplantatiewet een duidelijke uitsluiting van autotransplantatie te voorzien, zoals dit bv. reeds het geval is in Nederland en Frankrijk.⁶¹⁵

§ 2. ONDERSTEUNENDE HANDELINGEN

135. Orgaantransplantatie vereist meer handelingen dan enkel de donatie, wegneming en inplanting van het orgaan. Rondom deze handelingen situeren zich nog verschillende andere stappen, die gericht zijn op het verwezenlijken van de wegneming, dan wel de inplanting. Vandaar de keuze voor de term ‘ondersteunende’ handelingen. Deze handelingen volgen elkaar

⁶⁰⁸ A.A.F. JOCHEMS en F.W.M.G. JOOSTEN, *Coelho*, 375, 395 en 914.

⁶⁰⁹ A.A.F. JOCHEMS en F.W.M.G. JOOSTEN, *Coelho*, 375, 639 en 914.

⁶¹⁰ A.A.F. JOCHEMS en F.W.M.G. JOOSTEN, *Coelho*, 914; Tw. ‘orthotopic’ in Merriam-Webster Medical Dictionary, <http://www.merriam-webster.com/medical>.

⁶¹¹ Art. 7, § 1 Orgaantransplantatiewet.

⁶¹² Zie ook al: S. OSCHINSKY, *o.c.*, *JT* 1980, (1) 2, die stelde dat autotransplantatie geen bijzondere juridische problemen meebrengt.

⁶¹³ Memorie van toelichting bij het ontwerp van programmawet van 24 november 2003, *Parl. St.* Kamer 2003-04, nr. 51-0473/1, 74 en verslag TEMSAMANI, *Parl. St.* Kamer 2003-04, nr. 51-0473/29, 5-11.

⁶¹⁴ Art. 3, § 3, c) Wet Menselijk Lichaamsmateriaal; S. PANIS en N. VAN GELDER, *o.c.*, *T. Gez.* 2010-11, (217) 221, nr. 13. Zie hierover: Toelichting bij voorstel voor een Richtlijn, COM(2002) 319 (definitief), <http://eur-lex.europa.eu>, 5. Vgl. ook art. 2, lid 4, eerste streepje Transplantatieprotocol EVRM-Bio: waar voor zowel orgaan-, als weefseltransplantatie autotransplantatie niet in het toepassingsgebied vervat zit.

⁶¹⁵ Zie: art. 1, d en e Wet Orgaandonatie; art. L1211-8 Code de la santé publique

niet steeds chronologisch op, maar kunnen soms overlappen. Orgaantransplantatie behelst dus een zeer complexe keten van handelingen. Hierna worden de ondersteunende handelingen geduid qua inhoud en positie doorheen de transplantatieketen.

A. *Handelingen op basis van artikel 1 Orgaantransplantatiewet*

136. Naast het doneren, wegnemen en transplanteren vermeldt artikel 1 Orgaantransplantatiewet het testen, karakteriseren, conserveren en vervoeren van organen. De *karakterisering* betreft het verzamelen van welbepaalde informatie die nodig is voor de wegneming en transplantatie.⁶¹⁶ De karakterisering van de donor wordt meer bepaald gedefinieerd als “*de verzameling van de relevante informatie over de kenmerken van de donor, die nodig is om zijn of haar geschiktheid voor orgaandonatie te beoordelen, teneinde een deugdelijke risicobeoordeling uit te voeren en de risico’s voor de ontvanger zo klein mogelijk te maken en om de toewijzing van organen te optimaliseren*”.⁶¹⁷ De karakterisering van het orgaan wordt op gelijkaardige wijze omschreven als “*de verzameling van relevante informatie over de kenmerken van het orgaan die nodig is om de geschiktheid van het orgaan voor transplantatie te evalueren, teneinde een deugdelijke risicobeoordeling uit te voeren en de risico’s voor de ontvanger zo klein mogelijk te maken en om de toewijzing van organen te optimaliseren*”.⁶¹⁸ De karakterisering moet gesitueerd worden in de preoperatieve fase ten aanzien van de donor en de ontvanger.⁶¹⁹

Het begrip *testen* wordt niet gedefinieerd. In het raam van de Wet Menselijk Lichaamsmateriaal wordt dit begrip evenmin gedefinieerd, maar moet het volgens de wetgever ruim worden geïnterpreteerd. Zowel het onderzoeken van de geschiktheid van het lichaamsmateriaal zelf, als het onderzoeken van de donor (o.a. aan de hand van zijn medisch dossier) wordt ermee bedoeld.⁶²⁰ Nochtans lijkt het testen in het raam van de Orgaantransplantatiewet enkel betrekking te hebben op de medische analyse van het lichaamsmateriaal, maar niet op het analyseren van (het medische dossier van) de donor. Dit kan worden afgeleid uit artikel 3ter, § 3 Orgaantransplantatiewet, dat voor de tests verwijst naar laboratoria met passende faciliteiten en apparatuur. Bovendien is de ruime, overkoepelende interpretatie in het raam van de Wet Menselijk Lichaamsmateriaal mogelijk omdat deze wet niet spreekt van ‘karakterisering’. De Orgaantransplantatiewet maakt wel een onderscheid tussen ‘karakterisering’ en ‘testen’. Het testen is in die zin slechts een onderdeel van het karakteriseren. Het betreft een laboratorium onderzoek op basis van bv. bloedstalen of een biopsie van het transplantaat.⁶²¹

Zonder *preservatie* zouden de organen ingevolge de ischemie zeer snel ongeschikt worden voor transplantatie, zodat het conserveren van orgaan van determinerend belang is.⁶²² Preservatie wordt in de Orgaantransplantatiewet gedefinieerd als “*het gebruik van chemische stoffen, wijzigingen in de omgevingscondities of andere middelen, bedoeld om biologische of fysieke achteruitgang van organen van het tijdstip van wegneming tot de transplantatie te*

⁶¹⁶ Zie uitgebreider hierover *infra* Deel VI, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, A.1.

⁶¹⁷ Art. 1ter, 4° Orgaantransplantatiewet. Conform art. 3, f) Richtlijn 2010/53/EU. De wet spreekt van ‘karakterisatie’. Correct Nederlands is echter ‘karakterisering’.

⁶¹⁸ Art. 1ter, 7° Orgaantransplantatiewet. Conform art. 3, i) Richtlijn 2010/53/EU.

⁶¹⁹ Zie art. 10/4 en art. 10/9 KB Transplantatiecentra.

⁶²⁰ Vgl. Verslag VIENNE en TILMANS, *Parl. St.* Senaat 2007-08, nr. 4-825/5, 50.

⁶²¹ Bv. F.L. DELMONICO, o.c. in P.J. MORRIS en W.C. WOOD (eds.), *Oxford Textbook of Surgery. Vol. 1*, 2000 (2^{de} ed.), (625) 637; B. VAN HAELEWIJCK, *Don d’organes. Don de tissus*, 2002, 47.

⁶²² Zie reeds *supra* Deel I, Hoofdstuk I, Afd. 2, § 1.

voorkomen of te vertragen”.⁶²³ Er valt onder meer te denken aan de perfusie of doorspoeling van een orgaan met een bewaarvloeistof (‘chemische stoffen’), of aan de manipulatie van de temperatuur zoals bv. koeling (‘omgevingscondities’).⁶²⁴ De definitie van preservatie beperkt op zich het soort preservatiehandelingen niet. Het is inderdaad wenselijk om ruimte te laten voor nieuwe ontwikkelingen, zoals bv. de normothermische bewaring⁶²⁵. Betere preservatietechnieken kunnen immers leiden tot een grotere beschikbaarheid van organen.⁶²⁶ De preservatie kan al beginnen vóór de eigenlijke wegneming, wanneer het orgaan zich nog in het lichaam bevindt (*in situ* preservatie),⁶²⁷ en strekt zich verder uit tot en met het moment van transplantatie.

Aangezien de houdbaarheid van organen zelfs met de bestaande preservatietechnieken beperkt is in de tijd, is een spoedige verplaatsing van het orgaan van donor naar ontvanger belangrijk. Het *vervoeren* van organen is eveneens een handeling binnen het toepassingsgebied van de Orgaantransplantatiewet. Deze handeling wordt echter niet gedefinieerd. Ze kan begrepen worden in haar gewone taalkundige betekenis. Het vervoer situeert zich ten aanzien van de wegneming bij de donor in de postoperatieve fase en ten aanzien van de transplantatie bij de ontvanger in de preoperatieve fase. Het overlapt vanzelfsprekend met de orgaanpreservatie.

137. De opsomming in artikel 1 Orgaantransplantatiewet is onvolledig. De Orgaantransplantatiewet bevat immers eveneens regels over het selecteren en evalueren van donoren,⁶²⁸ alsook het uitwisselen van organen,⁶²⁹ het traceren⁶³⁰ en het notificeren over ernstige, ongewenste voorvallen of bijwerkingen⁶³¹. Het is weliswaar niet nodig om expliciet te bepalen dat deze handelingen en ook de overige handelingen binnen het toepassingsgebied van de wet vallen. Dat de wet op deze handelingen van toepassing is, volgt al uit het feit dat de wet er regels over bevat.

De karakterisering vormt volgens de wetgever de basis voor de *evaluatie* en vervolgens de uiteindelijke *selectie* van donoren en organen.⁶³² De evaluatie kan dan omschreven worden als de bestudering van de verzamelde gegevens. De selectie is dan de eigenlijke beslissing tot aanvaarding van de donor of het orgaan voor transplantatie. De evaluatie en selectie van donor en organen geschieden vanzelfsprekend vóór de transplantatie.⁶³³ Samen met de karakterisering vormen de evaluatie en selectie de eerste en beslissende fase van de transplantatieketen.⁶³⁴

De *uitwisseling* van organen betreft het geheel van activiteiten inzake de toewijzing of allocatie van organen aan een ontvanger. De toewijzing situeert zich logischerwijze in de

⁶²³ Art. 1ter 9° Orgaantransplantatiewet.

⁶²⁴ B. VAN HAELEWIJCK, *Don d'organes. Don de tissus*, 2002, 100.

⁶²⁵ Bv. M.L. NICHOLSON en S.A. HOSGOOD, “Renal Transplantation After *Ex Vivo* Normothermic Perfusion: The First Clinical Study”, *Am. J. Transpl.* 2013, vol. 13, 1246-1252.

⁶²⁶ Zie o.a.: J.A. KOBASHIGAWA, “The Future of Heart Transplantation”, *American Journal of Transplantation* 2012, vol. 12, (2875) 2877; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 15; S. FENG, “Donor Intervention and Organ Preservation: Where Is the Science and What Are the Obstacles”, *Am. J. Transpl.* 2010, vol. 10, (1155) 1155-1156. Bovendien zou het creëren van orgaanbanken de kans bieden om de organen immunologisch te prepareren en zo het risico op verlies van het orgaan door afstoting te beperken (D. HOUSSIN, “Perspective historique et éthique” in P. MORRIS (ed.), *Regard éthique: Les transplantations*, Straatsburg, Raad van Europa, 2003, (21) 32).

⁶²⁷ B. VAN HAELEWIJCK, *Don d'organes. Don de tissus*, 2002, 90-91.

⁶²⁸ Art. 3, § 1 Orgaantransplantatiewet.

⁶²⁹ Art. 1ter, 5°, art. 13bis en art. 13bis/1 Orgaantransplantatiewet.

⁶³⁰ Art. 3quinquies Orgaantransplantatiewet.

⁶³¹ Art. 3sexies Orgaantransplantatiewet.

⁶³² Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2011-12, nr. 53-2158/1, 6 en 15. Zie ook: advies nr. 13/2011 van 6 juli 2011 van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, <http://www.privacycommission.be>.

⁶³³ Art. 3ter, § 1, lid 1 Orgaantransplantatiewet.

⁶³⁴ Toelichting bij voorstel voor een Richtlijn, COM(2002) 319 (definitief), <http://eur-lex.europa.eu>, 4.

preoperatieve fase ten aanzien van de ontvanger. Ze is bovendien afhankelijk van de karakterisering, die zoals aangehaald dient om de toewijzing te optimaliseren.

Het *traceren* van organen dient om de gezondheid van donoren en ontvangers veilig te stellen.⁶³⁵ De traceerbaarheid werd bij KB gedefinieerd als “*de mogelijkheid om een orgaan in elk stadium van de keten van donatie tot transplantatie of verwijdering te lokaliseren en te identificeren, daaronder begrepen de mogelijkheid om: a) de donor en het transplantatiecentrum te identificeren; b) de ontvanger(s) in het transplantatiecentrum of de transplantatiecentra te identificeren; c) alle relevante niet-persoonlijke informatie met betrekking tot de producten en materialen die met het orgaan in aanraking komen, op te sporen en te identificeren*”.⁶³⁶ Het traceren moet toelaten dat de betrokkenen in geval van notificatie van onverwachte voorvallen of bijwerkingen ook effectief gewaarschuwd kunnen worden.⁶³⁷ De maatregelen die worden getroffen om het orgaan traceerbaar te maken kunnen voor en na de transplantatie bij de ontvanger geschieden; het eigenlijke traceren zal in principe slechts na de transplantatie plaatsvinden.

Het *notificeren* behelst “*het melden, onderzoeken, registreren en doorgeven van relevante, noodzakelijke informatie over ernstige ongewenste voorvallen die van invloed kunnen zijn op de kwaliteit en veiligheid van organen en die zouden kunnen worden toegeschreven aan het testen, karakteriseren, wegnemen, conserveren en vervoeren van organen, evenals over alle ernstige ongewenste bijwerkingen vastgesteld tijdens of na de transplantatie die met die activiteiten verband zouden houden*”.⁶³⁸ Een ernstig ongewenst voorval is “*elk ongewenst en onverwacht voorval dat zich ergens in de keten van donatie tot transplantatie voordoet en dat voor een patiënt besmetting met een overdraagbare ziekte, overlijden, levensgevaar, invaliditeit of arbeidsongeschiktheid tot gevolg kan hebben, dan wel leidt tot opname in een ziekenhuis of tot ziekte of de duur van de ziekenhuisopname of de ziekte verlengt*”.⁶³⁹ Een ernstige ongewenste bijwerking is daarentegen “*een onbedoelde reactie, met inbegrip van een overdraagbare ziekte, die zich mogelijkerwijs ergens in de keten van donatie tot transplantatie bij een levende donor of de ontvanger voordoet en die dodelijk is, levensgevaar oplevert, invaliditeit of arbeidsongeschiktheid veroorzaakt, dan wel leidt tot opname in een ziekenhuis of tot ziekte of de duur van de ziekenhuisopname of de ziekte verlengt*”.⁶⁴⁰ Een voorval kenmerkt zich door zich te veruitwendigen tijdens een stap in de keten van donatie tot transplantatie (bv. gebruik van gebrekkige preservatievloeistof), terwijl een bijwerking zich kenmerkt door zich te veruitwendigen bij de patiënt zelf en mogelijk toe te schrijven is aan een stap in de keten van donatie tot transplantatie (bv. HIV-besmetting bij de ontvanger of orgaanfalen bij de levende donor). Het notificeren volgt op het zich voordoen van ernstige ongewenste voorvallen en bijwerkingen, wat in verschillende fasen kan gebeuren.

B. Handelingen op basis van artikel 1bis Orgaantransplantatiewet

138. Artikel 1bis Orgaantransplantatiewet geeft aan de Koning een ruime bevoegdheid om regels te stellen en voorwaarden of beperkingen op te leggen, dan wel maatregelen te nemen met betrekking tot een aantal handelingen. Deze handelingen worden echter niet gedefinieerd

⁶³⁵ Art. 3^{quiquies}, lid 1 Orgaantransplantatiewet.

⁶³⁶ Art. 1/1, 17° KB Transplantatiecentra. Conform art. 3, s) Richtlijn 2010/53/EU.

⁶³⁷ Cf. Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2011-12, nr. 53-2158/1, 21.

⁶³⁸ Art. 3^{sexies}, § 1 Orgaantransplantatiewet. Conform art. 11 en art. 17, § 2, d) Richtlijn 2010/53/EU.

⁶³⁹ Art. 1^{ter}, 11° Orgaantransplantatiewet

⁶⁴⁰ Art. 1^{ter}, 12° Orgaantransplantatiewet.

of als zodanig vermeld onder de omschrijving van het toepassingsgebied in artikel 1 van de wet. In artikel 1*bis*, § 1 gaat het met name om het bewaren, bereiden, invoeren, distribueren en afleveren van organen (art. 1*bis*, § 1). De bevoegdheid uit artikel 1*bis*, § 1 werd aan de Koning gegeven om de kwaliteit van het lichaamsmateriaal te waarborgen en ervoor te zorgen dat het effectief wordt gebruikt voor het doel waarvoor het is bestemd.⁶⁴¹ In artikel 1*bis*, § 2 gaat het over de opsporing, de selectie en het beheer van de donoren. De bevoegdheid uit artikel 1*bis*, § 2 moet de mogelijkheid te bieden aan de minister van Volksgezondheid om nuttige initiatieven voor te stellen ter verbetering van het opsporen, selecteren en beheren van donoren, met name in de eenheden voor intensieve zorgen van België.⁶⁴² De te nemen maatregelen zullen essentieel op kwaliteitscriteria berusten. Gedacht wordt o.m. aan levering van software, gestandaardiseerde handleidingen en procedures, mogelijkheden tot personeelsopleiding en de hulp van contactpersonen die gemeenschappelijke procedures uitwerken.⁶⁴³

Een poging tot definiëring van de opgesomde handelingen leidt tot de volgende constataties. De term *bewaren* lijkt op het eerste gezicht dezelfde betekenis te dragen als het *preserveren*. Niettemin is *bewaren* op zich ruimer dan enkel het vermijden van de achteruitgang van de organen. Wat moet worden verstaan onder het *bereiden* van organen is minder duidelijk. De enige ‘bereiding’ die er bij orgaantransplantatie aan te pas komt, lijkt juist de preservatie te zijn. Om overlap te vermijden zou men dit kunnen begrijpen als het wegnemen van organen voor het bereiden van therapeutische middelen,⁶⁴⁴ hoewel dit strikt genomen niet het bereiden van organen zelf is. Bij de term *invoeren* kan het bij gebrek aan nadere precisering gaan om invoer zowel binnen de EU als erbuiten. Het gaat om een bepaald aspect van het uitwisselen van organen. Onder *distribueren* zou men de uitwisseling van organen kunnen verstaan. Weliswaar spreekt de wet elders reeds van het uitwisselen van organen, zodat de term distribueren enkel maar verwarrend werkt. Het *afleveren* zou dan als het fysiek afgeven van het orgaan aan de vervoerder of aan een arts na vervoer begrepen moeten worden. De *opsporing* van donoren betreft de systemen voor het signaleren en aanmelden van donoren. De *selectie* van donoren betreft dan de eigenlijke beslissing om de potentiële donor te gebruiken. Het begrip *beheer* lijkt ten slotte alle handelingen op het donorlichaam, andere dan de wegneming, te omvatten.

139. Het zou nuttig zijn om sommige van de bovenstaande begrippen bij wet te preciseren. Hieruit zouden drie voordelen te halen zijn. Ten eerste kan zo de vrij ruime bevoegdheid van de Koning duidelijker worden afgebakend.

Ten tweede kan er zo meer aandacht worden besteed aan coherentie van de begrippen binnen de Orgaantransplantatiewet. Zoals *supra* is gebleken, kan er overlap bestaan tussen de begrippen uit artikel 1 en die uit artikel 1*bis* (preserveren versus bewaren, distribueren versus toewijzen). Dit lijkt het gevolg te zijn van het feit dat deze bepalingen werden ingevoerd tijdens aparte wetswijzigingen.

Ten slotte kan er zo meer aandacht besteed worden aan de coherentie tussen de begrippen in de Orgaantransplantatiewet en deze in de Wet Menselijk Lichaamsmateriaal. Dit is van belang nu in de praktijk orgaantransplantatie en het gebruik van weefsels en cellen hand in hand kunnen gaan. Sommige van de bovenstaande begrippen komen ook voor in de Wet

⁶⁴¹ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 832/1, 5.

⁶⁴² Memorie van toelichting bij het wetsontwerp tot wijziging van de wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, *Parl. St. Kamer*, 2005-2006, 51-2680/001, 7.

⁶⁴³ Verslag DETIEGE, *Parl. St. Kamer*, 2006-2007, 51-2680/005, 12-13.

⁶⁴⁴ Vgl. art. 2 Orgaantransplantatiewet. Zie hierover ook *infra* Afd. 3, § 4 van dit Hoofdstuk.

Menselijk Lichaamsmateriaal, maar hebben hier een definitie gekregen die niet steeds overeenstemt met hoe deze begrippen in het raam van de Orgaantransplantatiewet werden geïnterpreteerd. Te denken valt aan de definitie van distributie als elk transport en aflevering van menselijk lichaamsmateriaal met het oog op een specifiek gebruik.⁶⁴⁵ In de Orgaantransplantatiewet worden het distribueren enerzijds en het vervoeren en het afleveren anderzijds als afzonderlijke handelingen vermeld, waardoor ze juist geen synoniemen lijken te zijn. Het begrip invoer heeft in de Wet Menselijk Lichaamsmateriaal dan weer een beperktere betekenis dan ze in het kader van de Orgaantransplantatiewet lijkt te hebben.⁶⁴⁶ Het begrip bewaren lijkt dan weer wel overeen te stemmen.⁶⁴⁷ De definities van de Wet Menselijk Lichaamsmateriaal gelden krachtens haar artikel 2 in principe enkel voor haar eigen toepassing. Bovendien heeft deze wet, zoals gezegd, een andere finaliteit dan de Orgaantransplantatiewet. Het invullen van de begrippen uit de Orgaantransplantatiewet zoals ze zijn gedefinieerd in de Wet Menselijk Lichaamsmateriaal is dus niet noodzakelijk juist.

140. Zoals gezegd, koppelt de Orgaantransplantatiewet een strafrechtelijke aansprakelijkheid aan de overtreding van de meeste van haar bepalingen én hun uitvoeringsbesluiten. De bestraffing voor het overtreden van besluiten uitgevaardigd krachtens artikel 1*bis* ontbrak aanvankelijk na de wetwijziging van 3 juli 2012. Zo volgde uit toenmalig artikel 17, § 2 Orgaantransplantatiewet dat slechts de schending van de besluiten ter uitvoering van artikel 1, § 3 Orgaantransplantatiewet als wanbedrijf kan worden gestraft met een gevangenisstraf en/of een geldboete. Artikel 1, § 3 was toen echter al opgeheven. De inhoud van dit artikel werd bij wet van 25 februari 2007 opgenomen in artikel 1*bis*, § 1, eerste lid Orgaantransplantatiewet. Deze vergetelheid werd ondertussen gecorrigeerd.⁶⁴⁸

Hoe dan ook lijkt er toch geen periode van straffeloosheid te zijn geweest. Het kan zijn dat de KB's niet enkel hun basis vinden in de Orgaantransplantatiewet, maar ook in een andere wet. Zo vindt voornoemd KB van 10 november 2012 eveneens een basis in de Ziekenhuiswet. Deze wet bevat eigen strafbepalingen.⁶⁴⁹ In dergelijk geval is er dus nog wel een handhavingsmogelijkheid via het strafrecht. Ongeacht het bestaan van een strafbaarstelling kan er bovendien sprake zijn van burgerrechtelijke aansprakelijkheid, indien een slachtoffer een fout (*in casu* de schending van een norm uit één van de KB's)⁶⁵⁰, schade en het causaal verband tussen de fout en de schade kan bewijzen.

Afdeling 3. Het oogmerk

141. De Orgaantransplantatiewet is ten slotte enkel van toepassing indien de handelingen met organen geschieden met een welbepaald oogmerk. Hierna wordt voor de verschillende mogelijke oogmerken nagegaan in hoeverre de Orgaantransplantatiewet toepassing vindt. Het gaat om het transplantatieoogmerk (§ 1), het onderzoeksoogmerk (§ 2), het verwijderingsoogmerk (§ 3), het productbereidingsoogmerk (§ 4) en het secundair oogmerk (§ 5).

⁶⁴⁵ Art. 2, 17° Wet Menselijk Lichaamsmateriaal.

⁶⁴⁶ Vgl. art. 2, 34° Wet Menselijk Lichaamsmateriaal.

⁶⁴⁷ Vgl. art. 2, 14° en 15° Wet Menselijk Lichaamsmateriaal.

⁶⁴⁸ Art. 30 wet van 7 februari 2014 houdende diverse bepalingen inzake de toegankelijkheid van de gezondheidszorg, BS 25 februari 2014.

⁶⁴⁹ Zie met name: art. 128, 1°, 10° en 11° Ziekenhuiswet.

⁶⁵⁰ T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 137-138, nr. 190-191.

§ 1. TRANSPLANTATIEOOGMERK

142. De Orgaantransplantatiewet is pas van toepassing wanneer de handelingen gesteld ten aanzien van organen plaatsvinden met een welbepaald oogmerk. Oorspronkelijk werd bepaald dat de Orgaantransplantatiewet enkel van toepassing is bij wegneming met het oog op transplantatie “*voor therapeutische doeleinden*”. Met ‘therapeutisch’ bedoelde men het gericht zijn op een medische behandeling,⁶⁵¹ meer bepaald het verbeteren van de gezondheidstoestand.⁶⁵² Weliswaar kan over de juiste draagwijdte van dit begrip (ruim of eng) discussie bestaan, wat tot kritiek leidde.⁶⁵³

Het begrip ‘therapeutisch’ wordt niet langer gehanteerd. Ten gevolge van de wetwijziging van 3 juli 2012 bepaalt de Orgaantransplantatiewet nu dat de organen, die het voorwerp vormen van de hierboven opgesomde handelingen, moeten zijn “*bestemd voor transplantatie*” opdat ze onder het toepassingsgebied van de wet vallen. Zoals reeds aangehaald, wordt transplantatie gedefinieerd als een proces dat het “*herstellen van bepaalde functies van het menselijke lichaam*” tot doel heeft.⁶⁵⁴ Hiermee worden redelijkerwijze de fysiologische functies die het orgaan normalerwijze uitoefent, bedoeld. Zo omvat dit bv. ook het herstellen van gelaatsuitdrukkingen in het raam van de transplantatie van complex gezichtsheefsel. Het ‘herstellende’ transplantatieoogmerk valt vrijwel samen met het voorheen vereiste ‘therapeutische’ transplantatieoogmerk.

143. Het is logischerwijze vereist dat de bedoeling om bij een ontvanger bepaalde lichaamsfuncties ter herstellen via transplantatie, aanwezig is op het moment dat de wegneming en/of de omringende handelingen worden gesteld. Het tijdstip van de handeling vormt het ijkpunt voor deze beoordeling. Pas dan is de Orgaantransplantatiewet van toepassing en moet de geoorloofdheid van het handelen getoetst worden aan haar voorwaarden. Een orgaan is vanaf de wegneming slechts zeer beperkte tijd houdbaar om voor transplantatie te kunnen worden gebruikt en hiervoor moeten dan meteen bij de wegneming bepaalde preservatiehandelingen worden gesteld. Ook zullen voor de wegneming al specifieke karakteriseringshandelingen vereist zijn. Bijgevolg zal het transplantatieoogmerk in principe telkens vóór de orgaanwegneming aanwezig moeten zijn.

De bedoelingen van de zorgverstrekkers zijn een feitenkwestie. Op basis van de concrete omstandigheden kan de rechter *a posteriori* oordelen of op het moment van het stellen van de handelingen wel degelijk de vereiste bedoeling aanwezig was of redelijkerwijze kon zijn. Een gebrek aan transplantatieoogmerk kan echter niet steeds worden afgeleid uit het feit dat de ontvanger bv. op het moment van de wegneming of de preservatie nog niet gekend was. Een transplantatie moet het doel zijn, maar hieraan moet geen onmiddellijke uitvoering gegeven worden. Een tussentijdse bewaring in bv. een orgaancontainer zou de toepassing van de Orgaantransplantatiewet op zich niet uitsluiten.⁶⁵⁵ Het is doorgaans ook mogelijk dat het orgaan

⁶⁵¹ Vgl. met Nederland: art. 1, e Wet Orgaandonatie (“*met het oog op diens geneeskundige behandeling*”).

⁶⁵² Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 1984-1985, nr. 832/1, 4; I. BOONE, *o.c.*, TPR 1996, (91) 97; L. GILLIEAUX, “Wegneming en transplantatie van organen”, *Rev. Rw.* 1988, (11) 12.

⁶⁵³ H. NYS, “Moet de orgaantransplantatiewet worden herzien?”, *Acta Hospitalia* 1990, (73) 74 ; T. VANSWEEVELT, “Art. 1 Orgaantransplantatiewet” in *Comm. Pers.*, 2007, currens, losbl., 8-9.

⁶⁵⁴ Art. 1ter, 14° Orgaantransplantatiewet.

⁶⁵⁵ Vgl. Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 1984-1985, nr. 832-1, 4-5, waar wordt gesproken over bewaring in ‘orgaanbanken’, die wegens de korte bewaarbaarheid van organen evenwel nog niet bestaan in de orgaantransplantatiepraktijk; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2010, 732.

reeds wordt weggenomen bij een overleden donor zonder dat de ontvanger reeds gekend is, en dat dit pas na de wegneming wordt toebedeeld.⁶⁵⁶

§ 2. ONDERZOEKSOOGMERK

A. Wetenschappelijk onderzoek

144. Organen kunnen gebruikt worden voor wetenschappelijk onderzoek.⁶⁵⁷ De mogelijkheden zijn legio. In nauw verband met de transplantatiegeneeskunde kan bv. gedacht worden aan het testen van preservatiemethoden⁶⁵⁸ of het uitvoeren van oefentransplantaties (*mock transplantation*). Daarbuiten kan het bv. ook gaan om onderzoek naar hersenstoornissen op gedoneerde hersenen,⁶⁵⁹ onderzoek op de milt van een leukemiepatiënt,⁶⁶⁰ kankeronderzoek aan de hand van stukjes long die wegens kanker werd weggehaald,⁶⁶¹ epidemiologisch onderzoek op longen in verband met tuberculose⁶⁶² of op organen in verband met HIV-verspreiding⁶⁶³, of nog geneesmiddelenonderzoek met leverweefsel⁶⁶⁴.⁶⁶⁵

Handelingen met organen *louter* met het oog op wetenschappelijk onderzoek zijn in principe van het toepassingsgebied van de Orgaantransplantatiewet uitgesloten.⁶⁶⁶ De uitsluiting van wetenschappelijk onderzoek moet weliswaar genuanceerd worden. Zo vallen handelingen met betrekking tot organen met het oog op wetenschappelijk onderzoek onder de Wet Menselijk Lichaamsmateriaal,⁶⁶⁷ die in haar artikel 12 het regime van de Orgaantransplantatiewet voor wegneming *post mortem* grotendeels van toepassing verklaart.

⁶⁵⁶ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 1984-1985, nr. 832-1, 4-5; S. OSCHINSKY en Y. OSCHINSKY, o.c., *JT* 1987, (169) 170; H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 2005, 512. Bij levende donoren zal de ontvanger *de facto* wel gekend moeten zijn ingevolge de werking van art. 6, § 1 en art. 7, § 1 Orgaantransplantatiewet.

⁶⁵⁷ Dit is: “*elk gebruik van menselijk lichaamsmateriaal met het oog op de ontwikkeling van de kennis eigen aan de uitoefening van de gezondheidszorgberoepen zoals bedoeld on het koninklijk besluit nr. 78 van 10 november 1967 betreffende de uitoefening van de gezondheidszorgberoepen*” (art. 2, 32° Wet Menselijk Lichaamsmateriaal).

⁶⁵⁸ J.A. GRUWEZ, “Memories of the Pioneering Days of Kidney Transplantation”, *Transplantation Proc.* 2011, afl. 43, (3435) 3436; J.E.M. AKVELD, o.c. in H.A.M.J. TEN HAVE, D.P. ENGBERTS en L.E. KALKMAN-BOGERD (eds.), *Ethiek en recht in de gezondheidszorg*, 2007, losbl., XXIII, (203) 210i-210j.

⁶⁵⁹ M. BOYES en P. WARD, “Brain donation for schizophrenia research: gift, consent, and meaning”, *J. Med. Ethics* 2003, vol. 29, 165-168 (i.v.m. schizofrenie); T. MILLAR *et al.*, “Tissue and organ donation for research in forensic pathology: the MRC Sudden Death Brain and Tissue Bank”, *J. Pathol.* 2007, vol. 213, 369-375; A. ABBOTT, “Brain child”, *Nature* 2011, vol. 478, 442-443 (i.v.m. autisme).

⁶⁶⁰ Verslag REMANS en DE ROECK, *Parl. St.* Senaat 2001-02, nr. 2-1250/3, 36.

⁶⁶¹ GEZONDHEIDSRAAD, *Naar goed gebruik. Lichaamsmateriaal in de gezondheidszorg*, Den Haag, Gezondheidsraad, 1994, nr. 1994/01, 27.

⁶⁶² GEZONDHEIDSRAAD, *Naar goed gebruik*, 1994, nr. 1994/01, 29.

⁶⁶³ Zie: J. LÜCKE, *Aids im amerikanischen und deutschen recht*, Berlin, Springer, 1989, 54-55.

⁶⁶⁴ C. TROUET, *Van lichaam naar lichaamsmateriaal*, 2003, 83.

⁶⁶⁵ De stalen in (Belgische) biobanken (dit zijn de instellingen die lichaamsmateriaal voor onderzoeksdoeleinden bewaren) zijn echter zelden organen, maar meestal weefsels, bloed, overige vloeistoffen of DNA-stalen. Zie: Advies nr. 45 van 19 januari 2009 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek betreffende de banken van menselijk lichaamsmateriaal bestemd voor het onderzoek, www.health.belgium.be, 8.

⁶⁶⁶ Zie o.a. ook: memorie van Toelichting, *Parl. St.* Kamer 1980-81, nr. 744/1, 5; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2010, 732; H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 2005, 424.

⁶⁶⁷ Organen zijn immers menselijk lichaamsmateriaal in de zin van art. 2, 1° Wet Menselijk Lichaamsmateriaal. *Contra*: T. VANSWEEVELT, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1559) 1608.

B. Experimentele transplantatie

1. Gemengd oogmerk

145. Orgaantransplantatie is als een experimentele handeling begonnen⁶⁶⁸ en zou in bepaalde gevallen ook nu nog een experimenteel karakter kunnen hebben (bv. gezichtstransplantatie). Het oogmerk zou dan gemengd kunnen zijn: er zouden zowel therapeutische, als wetenschappelijke doeleinden kunnen nagestreefd worden. Denk bv. aan de behandeling van patiënten met acute alcoholische hepatitis in het kader van specifieke onderzoeksprogramma's om de relevantie van nieuwe criteria voor de ontvangersselectie te testen.⁶⁶⁹ Het transplanteren van organen in raam van onderzoek naar compatibiliteit tussen donororgaan en ontvanger kan eveneens als voorbeeld dienen.

Vroeger werd gesteld dat een té ruime interpretatie van het therapeutisch oogmerk de legitimiteit van de wet zou ondermijnen en ze zou uithollen. Er werd hiervoor verwezen naar het compromis dat in 1986 bij de goedkeuring van de Orgaantransplantatiewet werd gesloten. Deze wet - en met name het erin vervatte systeem van vermoede toestemming bij donatie na overlijden - werd slechts goedgekeurd op nadrukkelijke voorwaarde dat het beperkt zou blijven tot therapeutische doeleinden.⁶⁷⁰ De wetgever had zich dus niet expliciet gekant tegen transplantatie met gemengd oogmerk, maar er kon wel over getwijfeld worden.

Artikel 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet bepaalt ter omzetting van Richtlijn 2010/53/EU nu uitdrukkelijk dat deze wet *ook* van toepassing is op organen die voor 'onderzoek' worden gebruikt op voorwaarde dat ze bestemd zijn voor transplantatie in het menselijk lichaam. Zoals gezegd, impliceert transplantatie steeds een 'hersteloogmerk'. Artikel 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet viseert dus de hypothese van een gemengd, therapeutisch-wetenschappelijk oogmerk. De bedoeling was vooral dat organen die in experimenten in het menselijke lichaam worden getransplanteerd, aan dezelfde kwaliteits- en veiligheidsnormen als bij louter therapeutische transplantatie zouden onderworpen zijn.⁶⁷¹ Maar niet enkel de kwaliteits- en veiligheidsproblemen, maar ook de wegnemings- of toebedelingsproblemen zijn in principe dezelfde als die bij louter therapeutische orgaantransplantatie. Het is dus logisch dat de Orgaantransplantatiewet ook van toepassing is indien een transplantatie met gemengd oogmerk wordt nagestreefd.

2. Verhouding met de Wet Medische Experimenten

146. Desgevallend moet er bij experimentele orgaantransplantatie aanvullend rekening gehouden worden met de wet van 7 mei 2004 inzake experimenten op de menselijke persoon (verkort: Wet Medische Experimenten).⁶⁷² Deze wet behartigt met name de belangen van de deelnemer aan het experiment, *in casu* de ontvanger. Hiertoe bevat de Wet Medische

⁶⁶⁸ J. TER HEERDT, *Het experiment beproefd. Een juridische analyse van medische experimenten met mensen*, Antwerpen, Maklu, 2000, nr. 95.

⁶⁶⁹ Zie: Advies nr. 60 van 27 januari 2014 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek met betrekking tot de ethische aspecten van levertransplantatie bij patiënten met acute alcoholische hepatitis (AAH) die niet op de klassieke medische behandelingen reageren, <http://www.health.belgium.be>, 29.

⁶⁷⁰ H. NYS, "Belgium" in R. BLANPAIN en M. COLUCCI (eds.), *International Encyclopaedia of Laws. Volume 1: Medical Law*, Deventer, Kluwer, losbl., 157. Zie ook: Verslag HANQUET, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 832/2, 10.

⁶⁷¹ Toelichting bij voorstel voor een Richtlijn, <http://eur-lex.europa.eu>, 4. Deze toelichting spreekt niet van 'experimenten' maar van 'klinische proeven'. De term 'klinische proeven' is evenwel ongelukkig gekozen, aangezien hiermee enkel geneesmiddelenonderzoek wordt geviséerd (zie art. 2, 7° Wet Medische Experimenten).

⁶⁷² BS 18 mei 2004.

Experimenten onder andere specifieke toestemmingsvoorwaarden en een verplichting tot het opstellen van een protocol dat het gunstig advies van een ethisch comité geniet.

Deze wet is van toepassing op elk ‘experiment’. Dit wordt gedefinieerd als elke op de menselijke persoon uitgevoerde proef, studie of onderzoek, met het oog op ontwikkeling van de kennis eigen aan de uitoefening van de gezondheidszorgberoepen zoals bedoeld in de Wet Uitoefening Gezondheidszorgberoepen.⁶⁷³ Artikel 2, 23° Wet Medische Experimenten definieert de menselijke persoon als “*de geboren, levende en levensvatbare persoon*” en sluit de “*experimenten met embryo’s in vitro, met lichaamsmateriaal of lijken*” (eigen onderlijning) van het toepassingsgebied van deze wet uit. De uitsluiting heeft volgens de tekst betrekking op experimenten *met* lichaamsmateriaal, wat experimentele transplantatie eveneens zou uitsluiten. Deze uitsluiting kadert weliswaar in de vraag waarop experimenten betrekking moeten hebben opdat de Wet Medische Experimenten van toepassing is. Artikel 2, 23° Wet Medische Experimenten antwoordt dat het moet gaan om menselijke personen, en dus niet om afgescheiden lichaamsmateriaal.⁶⁷⁴ De uitsluiting lijkt dus enkel te zijn bedoeld voor de experimenten *op* lichaamsmateriaal, wat experimentele transplantatie (*op* een ontvanger *met* lichaamsmateriaal) niet uitsluit. De tegenstelde interpretatie zou een hele categorie van deelnemers de nodige bescherming ontnemen, wat niet de bedoeling kan zijn.

147. De vraag is nu in hoeverre transplantaties met gemengd oogmerk als een ‘experiment’ kunnen worden gekwalificeerd. Het was blijkbaar de bedoeling om de kwalificatie als experiment te laten afhangen van het oogmerk waarmee het onderzoek wordt uitgevoerd. Bepalend is met name de intentie tot kennisvergaring.⁶⁷⁵ Zodra enige intentie tot kennisvergaring aanwezig is, zoals mogelijk ook bij experimenten inzake transplantatie van organen, moet in principe de Wet Medische Experimenten worden toegepast.⁶⁷⁶ Ter verduidelijking kan ten aanzien van de niet-louter wetenschappelijke onderzoeken een opdeling worden gemaakt tussen de ‘therapeutische experimenten’ en de ‘innovatieve of experimentele therapieën’.

Bij therapeutische experimenten wordt een combinatie van therapie en kennisvergaring beoogd.⁶⁷⁷ De kwalificatie als experiment in de zin van de Wet Medische Experimenten wordt hier niet betwist.⁶⁷⁸ Het onderzoeksoogmerk kan blijken uit handelingen die normaal gezien niet nodig zijn voor de behandeling van de ontvanger, zoals bv. het randomiseren van de patiënten, het verrichten van extra metingen of onderzoeken, dan wel het wegnemen van extra bloed of weefsel.⁶⁷⁹

⁶⁷³ Art. 2, 11° Wet Medische Experimenten. De Belgische wet gaat hier verder dan Richtlijn 2001/20/EG van het Europees Parlement en van de Raad van 4 april 2001 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake de toepassing van goede klinische praktijken bij de uitvoering van klinische proeven met geneesmiddelen voor menselijk gebruik (*Pb. L.* 1 mei 2001, afl. 121, 34), die enkel op de klinische proeven met geneesmiddelen van toepassing is.

⁶⁷⁴ Verslag PEHLIVAN, *Parl. St.* Senaat 2003-04, nr. 3-585/3, 6, waar men sprak over “*biologisch lichaamsmateriaal, geïsoleerd of in een bank*”.

⁶⁷⁵ Zie in die zin: advies Raad van State, *Parl. St.* Kamer 2003-04, nr. 51-0798/001, 79, waar terecht werd gewaarschuwd dat het ruime begrip ‘experiment’ hierdoor tot rechtsonzekerheid zou leiden. Zie ook: D. VANDERMEERSCH, “Medisch fout, sterilisatie en medische experimentatie”, *TPR* 1983, (839) 853-854, waar werd gesteld dat het experimenteel karakter niet kan blijken uit de onvoldoende techniekbeheersing van de arts, maar moet worden beoordeeld aan de hand van de stand van de medische wetenschap.

⁶⁷⁶ A. VIJVERMAN, “Medische experimenten op mensen. De wet van 7 mei 2004 en haar toepassing in de praktijk: de krachtlijnen en het toepassingsgebied van de wet”, *T. Gez.* 2005-06, (2) 6.

⁶⁷⁷ Zie ook: J. TER HEERDT, *Het experiment beproefd*, 2000, nr. 58; J.-M. HUBAUX, *Les droits et obligations du patient*, 1998, 61.

⁶⁷⁸ G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2010, 774; H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 2005, 438-439, nr. 1013.

⁶⁷⁹ Vgl. M.C. PLOEM en J. TERWIEL, “Experimentele behandeling of medisch-wetenschappelijk onderzoek?”, *Ned. T. Gen.* 2010, (140) 141.

Bij de innovatieve of experimentele therapie staat daarentegen het therapeutisch karakter voorop en vormt de eventuele kennisvergaring slechts een bijkomstigheid.⁶⁸⁰ In dit geval acht men het niet nodig om een onderzoeksprotocol e.d. op te stellen, zodat een kwalificatie als experiment moet worden afgewezen.⁶⁸¹ Het uitvoeren van een ‘experimentele’ of beter gezegd ‘innovatieve’ transplantatievorm moet dus niet noodzakelijk aan de voorwaarden van de Wet Medische Experimenten voldoen. Anders oordelen, lijkt in vele gevallen het medische handelen onnodig te verhinderen.⁶⁸² Deze invulling lijkt bovendien het meest te stroken met de bedoelingen van de wetgever, omdat het waardenconflict dat de Wet Medische Experimenten beoogt te beslechten, zich niet voordoet wanneer het oogmerk van de kennisvergaring louter bijkomstig is.⁶⁸³ Het gemene recht, en met name de Wet Patiëntenrechten, zal nog wel moeten worden toegepast.⁶⁸⁴ Bovendien kan het opstellen van een intern protocol of alleszins het inwinnen van een advies van het ethisch comité en het akkoord van de ziekenhuisdirectie soms wel aangewezen zijn.⁶⁸⁵ Gebrek hieraan zou soms als een burgerrechtelijke fout kunnen worden beschouwd.

148. Niet enkel de transplantatie bij de ontvanger, maar ook de wegneming bij de donor kan een experimenteel karakter vertonen (bv. nieuwe wegnemingstechnieken, transplantatie in het raam van immuuntolerantie-onderzoek). Er moet allereerst worden aangenomen dat de Orgaantransplantatiewet zonder onderscheid van toepassing is op gevestigde en experimentele wegnemingstechnieken. Dit valt af te leiden uit de definitie van ‘wegneming’,⁶⁸⁶ die op dit punt geen uitzondering maakt. Het volstaat dat deze wegneming geschiedt met het oog op transplantatie. Uit de wegnemingsregels zelf valt evenmin af te leiden dat deze niet zouden gelden voor experimentele wegnemingen.

Ten aanzien van levende donoren⁶⁸⁷ zal weliswaar ook de Wet Medische Experimenten van toepassing kunnen zijn. Gelet op het beperkte of ontbrekende therapeutisch nut van de orgaanwegneming voor de donor zal veelal gekozen moeten worden voor de kwalificatie als (therapeutisch) experiment i.p.v. experimentele therapie, zodra er enig onderzoeksoogmerk kan worden bespeurd. In geval van concurrerende regels geldt dat de *lex specialis* voorgaat op de *lex generalis*. Wat betreft de handelingen met betrekking tot organen voor transplantatiedoeleinden zal de Orgaantransplantatiewet in principe als *lex specialis* voorrang hebben op de concurrerende regels van de Wet Medische Experimenten.

⁶⁸⁰ Zie ook: J.-M. HUBAUX, *Les droits et obligations du patient*, 1998, 61.

⁶⁸¹ G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2010, 773-774, met verwijzing naar Advies nr. 13 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek van 9 juli 2001 betreffende experimenten met mensen, <http://www.health.fgov.be>. Schijnbaar *contra*: A. VIJVERMAN, o.c., T. Gez. 2005-06, (2) 6, waar evenwel geen onderscheid wordt gemaakt tussen therapeutische experimenten en experimentele therapieën. Zie ook de kritiek van J. TER HEERDT, *Het experiment beproefd*, 2000, nr. 86, die stelt dat deze in de praktijk nauwelijks kunnen worden onderscheiden.

⁶⁸² J. TER HEERDT, *Het experiment beproefd*, 2000, nr. 85. Vgl. ook: D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 439.

⁶⁸³ Vgl. Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2003-04, nr. 51-0798/001, 8.

⁶⁸⁴ G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2010, 774-775; Advies nr. 13 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek van 9 juli 2001 betreffende experimenten met mensen, <http://www.health.fgov.be>.

⁶⁸⁵ Zie bv. de ontwikkelingen in verband met gezichtstransplantatie: Advies nr. 82 van 6 februari 2004 van het Comité Consultatif National d’Éthique pour les sciences de la vie et de la santé, “L’allotransplantation de tissu composite (ATC) au niveau de la face (Greffes totale ou partielle d’un visage)”, <http://www.ccne-ethique.fr>, 20.

⁶⁸⁶ Art. 1ter, 8° Orgaantransplantatiewet.

⁶⁸⁷ Een lijk (*in casu* een overleden donor) kan niet meer worden beschouwd als een menselijke persoon en valt daarom buiten het toepassingsgebied van Wet Medische Experimenten (art. 2, 23°).

C. Overige vormen van kennisvergaring

149. Aangezien de tekst van artikel 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet zich niet beperkt tot ‘wetenschappelijk’ onderzoek, kan ook aan andere soorten onderzoek gedacht worden. Men kan hierbij denken aan diagnostisch onderzoek, zoals een biopsie of een autopsie.

Een biopsie is een microscopisch of chemisch onderzoek op weggenomen stukjes weefsel.⁶⁸⁸ Zo zou bv. een (naald)biopsie op een getransplanteerde nier kunnen worden genomen om het afstotingsproces te monitoren.⁶⁸⁹ Biopsies bestaan echter doorgaans slechts uit de wegneming van een klein gedeelte van een orgaan. Dit gedeelte zal op zich vaak niet juridisch als orgaan kunnen worden gekwalificeerd. Als het gebiopseerde gedeelte toch als orgaan kan worden gekwalificeerd, dan nog zal de Orgaantransplantatiewet slechts van toepassing zijn indien dit orgaan tevens voor (therapeutische) transplantatie is bestemd.⁶⁹⁰ Dit zal wellicht niet het geval zijn. Bovendien zal de wegneming via biopsie enkel moeten voldoen aan de regels van de Orgaantransplantatiewet indien het transplantatieoogmerk op het moment van wegneming reeds bestond. Indien dit slechts nadien zou ontstaan, dan zou slechts vanaf dan de Orgaantransplantatiewet nageleefd moeten worden. Voor zover de Orgaantransplantatiewet niet van toepassing is, kan desgevallend nog wel de Wet Patiëntenrechten van toepassing zijn.

Een autopsie is een lijkschouwing.⁶⁹¹ Daarbij kunnen onder meer organen voor gerechtelijke of medisch-wetenschappelijke doeleinden worden weggenomen en/of onderzocht.⁶⁹² Wegens het snelle bederf van organen vanaf het overlijden bij gebrek aan preservatie zal echter de wegneming van organen in het raam van een autopsie normaal niet kunnen leiden tot (therapeutische) transplantatie. Autopsie valt normaal dus niet onder het toepassingsgebied van de wet.⁶⁹³ Welke regels op autopsiehandelingen van toepassing zijn, is in het Belgische recht niet steeds duidelijk wegens gebrek aan specifieke wetgeving.⁶⁹⁴

Hetzelfde kan gezegd worden over wegneming en gebruik van organen voor onderwijs,⁶⁹⁵ zowel in het raam van de medische opleiding, als voor het tentoonstellen na bv. plastinatie. Hetzelfde gaat verder ook op voor het gebruik van organen voor kwaliteitscontrole (bv. om diagnoseapparatuur te ijken).⁶⁹⁶

§ 3. VERWIJDERING

150. Sinds de omzetting van artikel 3, c) Richtlijn 2010/53/EU houdt de Orgaantransplantatiewet ook rekening met de eventuele ‘verwijdering’ (*élimination*) van organen. De verwijdering wordt door de Orgaantransplantatiewet gedefinieerd als “de

⁶⁸⁸ A.A.F. JOCHEMS en F.W.M.G. JOOSTEN, *Coelho*, 97.

⁶⁸⁹ P.J. MORRIS, “Kidney transplantation” in P.J. MORRIS en W.C. WOOD (eds.), *Oxford Textbook of Surgery. Vol. 1*, Oxford, Oxford University Press, 2000 (2^{de} ed.), (671) 676; M.H. BEERS *et al.*, *Merck Manual*, 2005 (2^{de} ed.), 1083.

⁶⁹⁰ Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer* 1980-81, nr. 774/1, 5; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2010, 732.

⁶⁹¹ A.A.F. JOCHEMS en F.W.M.G. JOOSTEN, *Coelho*, 76. Deze term zegt op zich niets over het doel ervan. Zo kan het dus ook gaan om een autopsie met het oog op wetenschappelijk onderzoek, forensisch onderzoek.

⁶⁹² Zie: T. VANSWEEVELT, *o.c.* in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1559) 1595; “Rechten met betrekking tot de medische expertise” in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 809; “Autopsie: het laatste consult”, *MagUZA* nr. 97, juli 2014, 34-35.

⁶⁹³ Zie reeds: Memorie van Toelichting, *Parl. St. Kamer* 1980-81, nr. 774/1, 5; H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 2005, 424, nr. 976.

⁶⁹⁴ Zie uitvoeriger: T. VANSWEEVELT, *o.c.* in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1559) 1595 e.v.; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2010, 677-684; H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 2005, 417 e.v. nrs. 958 e.v.

⁶⁹⁵ Zie hierover: C. TROUET, *Van lichaam naar lichaamsmateriaal*, 2003, 85.

⁶⁹⁶ C. TROUET, *Van lichaam naar lichaamsmateriaal*, 2003, 77 en 85.

eindbestemming van een orgaan wanneer dat niet voor transplantatie gebruikt wordt".⁶⁹⁷ De verwijdering is m.a.w. een manier waarop een orgaan uiteindelijk wordt aangewend, als alternatief voor een transplantatieoogmerk. Het gaat dus niet om een verwijdering in de zin van een wegneming bij de donor.

De wettelijke definitie van 'verwijdering' is ruim en vaag. Ook de toelichtingen bij Richtlijn 2010/53/EU en bij de wet van 3 juli 2012 zeggen niet wat nu precies onder verwijdering moet worden begrepen. Een verduidelijking moet wellicht gezocht worden in het raam van de Europese en nationaal-gewestelijke regelgeving omtrent afvalverwerking, waar de term 'verwijdering' eveneens voorkomt. Hij wordt er in het algemeen gedefinieerd als "*iedere handeling die geen nuttige toepassing is, (...)*".⁶⁹⁸ Deze regelgeving bevat bovendien een exemplatieve oplijsting van verwijderingshandelingen. Het gaat onder andere om het storten op of in de bodem, biologische of fysisch-chemische behandeling en verbranding.⁶⁹⁹ Wellicht moet de 'verwijdering' in het raam van de Orgaantransplantatiewet op eenzelfde wijze begrepen worden, m.a.w. als een afvalbewerking.

151. Er kan meer bepaald sprake zijn van een verwijderingsoogmerk wanneer een ziek orgaan bij de patiënt-ontvanger wordt weggenomen om te worden vervangen door een gezond donororgaan. Deze wegneming gebeurt indirect met het doel om bepaalde functies van diens lichaam te herstellen. Maar dit zieke orgaan zal normaal niet het voorwerp van een transplantatie uitmaken. Deze wegneming zal daarom niet onderworpen zijn aan de voorwaarden van de Orgaantransplantatiewet. Wel zal de Wet Patiëntenrechten hierop van toepassing zijn.

Ook de verwijdering zelf wordt niet door de Orgaantransplantatiewet geregeld. Ze valt niet onder het toepassingsgebied van deze wet. De vraag naar de voorwaarden waaronder men zich van organen bij wijze van afvalmateriaal kan verwijderen, betreft veeleer een vraag van milieurecht. Het afvalstoffenbeleid is als deelaspect van het leefmilieubeleid een gewestelijke bevoegdheid.⁷⁰⁰ Dankzij Europese richtlijn 2008/98/EG⁷⁰¹ wordt in de drie gewesten een afvalstof op dezelfde wijze gedefinieerd als "*elke stof of elk voorwerp waarvan de houder zich ontdoet, voornemens is zich te ontdoen of zich moet ontdoen*".⁷⁰² Zodra men dus een orgaan niet kan/wil gebruiken, maar zich hiervan wil/moet ontdoen, zijn de organen juridisch gezien 'afvalstoffen' en is de gewestelijke afvalstoffenregelgeving van toepassing. Deze regelgeving beoogt ervoor te zorgen dat de te verwijderen organen geen gevaar voor de gezondheid van de mens opleveren.⁷⁰³ Hoewel ieder gewest zijn eigen regeling heeft met afwijkende begrippen,

⁶⁹⁷ Art. 1ter, 1° Orgaantransplantatiewet.

⁶⁹⁸ Art. 3, 19° Richtlijn 2008/98/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende afvalstoffen en tot intrekking van een aantal richtlijnen, *Pb. L.* 22 november 2008, afl. 312, 10; art. 3, 26° Decr. VI. 23 december 2011 betreffende het duurzaam beheer van materiaalcringen en afvalstoffen, *BS* 28 februari 2012; art. 2, 9° Decr. W. 27 juni 1996 betreffende de afvalstoffen, *BS* 2 augustus 1996; art. 3, 23° Ord. Br. 14 juni 2012 betreffende afvalstoffen, *BS* 27 juni 2012.

⁶⁹⁹ Bijlage I Richtlijn 2008/98/EG; Bijlage II Decr. W. 27 juni 1996; Bijlage I Ord. Br. 14 juni 2012.

⁷⁰⁰ Art. 6, § 1, II, 2° bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, *BS* 15 augustus 1980.

⁷⁰¹ Art. 3, 1° Richtlijn 2008/98/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende afvalstoffen en tot intrekking van een aantal richtlijnen, *Pb. L.* 22 november 2008, afl. 312, 9.

⁷⁰² Art. 3, 1° Decr. VI. 23 december 2011 betreffende het duurzaam beheer van materiaalcringen en afvalstoffen, *BS* 28 februari 2012; art. 2, 1° Decr. W. 27 juni 1996 betreffende de afvalstoffen, *BS* 2 augustus 1996; art. 3, 1° Ord. Br. 14 juni 2012 betreffende afvalstoffen, *BS* 27 juni 2012.

⁷⁰³ Vgl. overwegingen 1 en 6 en art. 1 Richtlijn 2008/98/EG; art. 4, § 3, 2° Decr. VI. 23 december 2011; art. 1, § 1 Decr. W. 27 juni 1996; art. 4 Ord. Br. 14 juni 2012.

zal de ‘verwijdering’ van menselijke organen normaal moeten geschieden bij wijze van verbranding.⁷⁰⁴

152. De wegneming van het te vervangen orgaan bij de ontvanger zal voor alle duidelijkheid echter niet altijd gebeuren met een verwijderingsoogmerk. Soms is het orgaan dat bij de patiënt-ontvanger wordt weggenomen nog voldoende gezond om te worden hergebruikt in het raam van een dominotransplantatie.⁷⁰⁵ Deze situatie valt wegens haar transplantatieoogmerk wel onder de Orgaantransplantatiewet. Het is immers wenselijk dat ook dan de kwaliteits- en veiligheidswaarborgen van deze wet gelden.

Dit wil nog niet zeggen dat iedere dominotransplantatie onder het toepassingsgebied van de Orgaantransplantatiewet valt. Het kan bv. gebeuren dat een hart wordt weggenomen, maar enkel de hartkleppen gebruikt worden voor een dominotransplantatie.⁷⁰⁶ Aangezien dan niet de transplantatie van een orgaan als zodanig, maar slechts van een weefsel wordt beoogd, is de Orgaantransplantatiewet niet van toepassing.⁷⁰⁷

§ 4. BEREIDING VAN GEZONDHEIDSPRODUCTEN

153. Wegneming van organen om deze vervolgens te gebruiken voor de bereiding van therapeutische producten gebeurt eveneens met een indirect therapeutisch doel. Maar wegens het gebrek aan transplantatie van het orgaan als zodanig, valt deze hypothese in principe buiten het toepassingsgebied van de Orgaantransplantatiewet.⁷⁰⁸ Men kan bijvoorbeeld denken aan de wegneming van een pancreas die wordt gebruikt voor de isolatie van pancreaseilandjes.⁷⁰⁹ Wanneer een volledige pancreas wordt weggenomen om te worden gebruikt voor het isoleren en vervolgens transplanteren van pancreaseilandjes, gaat het wel om een orgaanwegneming, maar niet om een transplantatie van het orgaan als zodanig. Aldus is er in dat geval juridisch gezien geen sprake van transplantatieoogmerk overeenkomstig de Orgaantransplantatiewet en dus ook geen toepassing van deze wet. Voor zover het menselijk lichaamsmateriaal, ongeacht de graad van bewerking, wordt gebruikt op of in een menselijke ontvanger zal wel de Wet Menselijk Lichaamsmateriaal van toepassing zijn.⁷¹⁰ Hetzelfde geldt *mutatis mutandis* voor bv. de isolatie van levercellen uit levers die op zich onbruikbaar zijn voor transplantatie, met het oog op leverceltransplantatie of gebruik in bio-artificiële levers.⁷¹¹

⁷⁰⁴ Vlaams gewest: art. 1.2.1, § 2, 26° en 51°, art. 5.2.3.1., § 1, art. 5.2.3.19 en bijlage 5.2.3., A, 1.7 B. Vl. Reg. 17 februari 2012 tot vaststelling van het Vlaams reglement betreffende het duurzaam beheer van materiaalcringingen en afvalstoffen, *BS* 23 mei 2012. Waals gewest, waar begraving ook een mogelijkheid is: art. 1, 3°, 5° en 6°bis en art. 2,3° B. W. Reg. 30 juni 1994 betreffende de afval van ziekenhuis- en gezondheidszorgactiviteiten, *BS* 3 september 1994. Brussels Hoofdstedelijk gewest: art. 1, 1° en 2° en art. 8 B. Br. H. Reg. 23 maart 1994 betreffende het beheer van afvalstoffen afkomstig van activiteiten in de gezondheidszorg, *BS* 14 september 1994.

⁷⁰⁵ Zie *infra* Deel IV, Hoofdstuk I, Afd. 2.

⁷⁰⁶ Vgl. H. NYS, “Organ Transplantation” in J.K.M. GEVERS, E.H. HONDIUS en J.H. HUBBEN (eds.), *Health Law, Human Rights and the Biomedicine Convention: essays in honour of Henriette Roscam Abbing*, Nijhoff, Leiden, 2005, (219) 224.

⁷⁰⁷ Zie over hartkleppen *supra* Afd. 1, § 2, C.4. van dit Hoofdstuk. De Wet Menselijk Lichaamsmateriaal zal dan van toepassing zijn.

⁷⁰⁸ Vgl. ook: Memorie van toelichting Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 25.

⁷⁰⁹ A.M.J. SHAPIRO *et al.*, “Islet Transplantation in Seven Patients with Type 1 Diabetes Mellitus Using a Glucocorticoid-free Immunosuppressive Regimen”, *N. Eng. J. Med.* 2000, vol. 343, (230) 231 en 233; M.A. FRUTOS, P. RUIZ en J.J. MANSILLA, “Pancreas Donation for Islet Transplantation”, *Transpl. Proc.* 2005, vol. 37, (1560) 1560.

⁷¹⁰ Art. 2, 1° en 20° Wet Menselijk Lichaamsmateriaal.

⁷¹¹ A. DONINI *et al.*, “Hepatocyte Isolation Using Human Livers Discarded From Transplantation: Analysis of Cell Yield and Function”, *Transpl. Proc.* 2001, vol. 33, (654) 655; R. VANHOLDER *et al.*, “The European Artificial Organ Scene: Present Status”, *Artificial Organs* 2005, vol. 29, nr. 6, (498) 504.

154. Krachtens artikel 2 Orgaantransplantatiewet heeft de Koning wel de bevoegdheid om het toepassingsgebied van de wet uit te breiden tot het wegnemen van organen en weefsels met het oog op de bereiding van therapeutische middelen. Aan de uitoefening van deze bevoegdheid zijn echter strenge voorwaarden verbonden. De Koning moet eerst een advies van de Hoge Gezondheidsraad inwinnen. Daarnaast kan de uitbreiding enkel betrekking hebben op wegneming na overlijden.⁷¹² Bovendien moet Hij de organen en weefsels waarop de uitbreiding van toepassing is, uitdrukkelijk aanwijzen. Ten slotte mag het enkel gaan om de bereiding van therapeutische middelen die ‘onontbeerlijk’ zijn voor de behandeling van ‘ernstige’ ziekten of gebreken. Dit omvat niet de wegneming voor louter wetenschappelijk onderzoek.⁷¹³ Het advies van de Hoge Gezondheidsraad zou zeer relevant kunnen zijn om te bepalen of het wel degelijk om een ‘ernstige’ aandoening gaat en of de bereiding werkelijk ‘onontbeerlijk’ is.

De bedoeling van deze bepaling was vooral gelegen in de noodzaak om te beschikken over voldoende hypofyzen,⁷¹⁴ die nodig waren voor de bereiding van hormoonpreparaten in de behandeling van dwerggroei.⁷¹⁵ Niettemin kunnen ook andere producten gevisieerd worden. Tot op dit moment heeft de Koning echter nog geen KB hiertoe uitgevaardigd. Het belang van deze bepaling is nog maar klein, aangezien de *post mortem* wegneming van organen en weefsels met het oog op de bereiding van therapeutische producten reeds onder het toepassingsgebied van de Wet Menselijk Lichaamsmateriaal valt.⁷¹⁶ Het is overigens opvallend dat artikel 2 Orgaantransplantatiewet ook weefsels betreft, hoewel deze wet in principe slechts op organen van toepassing is. Dit valt te verklaren door het feit dat de Orgaantransplantatiewet oorspronkelijk zowel op organen, als op weefsels van toepassing was en deze bepaling sindsdien ongewijzigd is gebleven. Dit is een vergetelheid. Weefselwegneming hoort hoe dan ook thuis in de Wet Menselijk Lichaamsmateriaal.

§ 5. SECUNDAIR GEBRUIK

155. Organen kunnen worden weggenomen met een welbepaald oogmerk, maar uiteindelijk met (nog) een ander oogmerk gebruikt worden. Men spreekt dan van secundair of nader gebruik.⁷¹⁷ In verband met orgaantransplantatie kunnen juridisch gezien de twee volgende hypothesen zich voordoen.

Enerzijds kan het zijn dat zowel het primair, als secundair gebruik een orgaantransplantatie betreft. Zo kan het zeer uitzonderlijk gebeuren dat een orgaan met transplantatieoogmerk wordt weggenomen bij een donor, maar dat de ontvanger vóór de inplanting overlijdt. Het kan dan zijn dat dit ‘weestransplantaat’ (*orphan graft*) op zich nog wel geschikt is om te worden getransplanteerd bij een andere ontvanger.⁷¹⁸ Zowel de wegneming ten voordele van de eerste kandidaat-ontvanger, als de transplantatie bij de tweede ontvanger

⁷¹² Zie ook art. 10, § 1, lid 1 Orgaantransplantatiewet.

⁷¹³ Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220/9, 23.

⁷¹⁴ Een hypofyse is een klein, maar zeer belangrijk aanhangsel onder de hersenen, dat een veelzijdige rol speelt bij functies in het gehele organisme en bij vele ziekteprocessen door de afscheiding van bepaalde hormonen. Zie: A.A.F. JOCHEMS en F.W.M.G. JOOSTEN, *Coelho*, 425.

⁷¹⁵ Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 832/1, 5.

⁷¹⁶ Art. 3, § 1 en § 3, a) Wet Menselijk Lichaamsmateriaal; S. PANIS en N. VAN GELDER, *o.c.*, *T. Gez.* 2010-11, (217) 219-220, nr. 9.

⁷¹⁷ Cf. art. 2, 30° Wet Menselijk Lichaamsmateriaal. Primair gebruik is dan elk gebruik waarvoor de donor uitdrukkelijk in het kader van de wegneming specifiek zijn toestemming heeft gegeven (art. 2, 29° Wet Menselijk Lichaamsmateriaal).

⁷¹⁸ Bv. L.-N. FERNANDO, A.J. HORACIO en R.S. MARTINEZ, “Recipient Death in a Live-Related Transplantation: What Should I Do With the Graft? An Ethical and Medical Problem”, *Transpl. Proc.* 1999, 3074; M. WACHS en J. TROTTER, “The Appropriate Allocation of “Orphan Graft” in Living Donor Liver Transplantation: Simple Solutions to a Complex Problem”, *Liver transplantation* 2006, 361-362.

vallen dan in principe onder het toepassingsgebied van de Orgaantransplantatiewet, wegens het transplantatieoogmerk.

Anderzijds kan het zijn dat het primair gebruik een orgaantransplantatie is, maar het secundair gebruik een andere doelstelling betreft. Zo kan een reeds weggenomen orgaan alsnog ongeschikt voor de geplande transplantatie blijken te zijn, maar desgevallend nog wel dienstig voor wetenschappelijk onderzoek of andere toepassingen op de mens dan transplantatie. Er moet dan een onderscheid worden gemaakt tussen de handelingen voor en na de wijziging van gebruiksoogmerk. De wegneming gebeurde per hypothese met het oog op transplantatie. Deze wegneming valt dus in principe onder het toepassingsgebied van de Orgaantransplantatiewet. Het latere secundair gebruik voor wetenschappelijk onderzoek of voor andere menselijke toepassing dan transplantatie valt wegens een gebrek aan transplantatieoogmerk niet onder de Orgaantransplantatiewet, maar desgevallend nog wel onder de Wet Menselijk Lichaamsmateriaal.⁷¹⁹ Indien het orgaan geheel onbruikbaar wordt geacht, dan zal het secundair gebruik de verwijdering zijn. Dan zal *mutatis mutandis* de wetgeving inzake verwerking van anatomisch afval van toepassing zijn zodra de onbruikbaarheid zich manifesteert.

⁷¹⁹ Art. 20 Wet Menselijk Lichaamsmateriaal.

DEEL III. ORGANISATIE VAN DE ORGAANTRANSPLANTATIESECTOR

156. Alvorens de specifieke verhoudingen tussen artsen, donoren en ontvangers te analyseren, is eerst een uiteenzetting vereist van het algemeen kader waarbinnen deze verhoudingen tot stand kunnen komen. Er zal meer bepaald worden nagegaan waarom de orgaantransplantatiesector geenszins een vrije markt is, maar veeleer als een gesloten systeem is georganiseerd.⁷²⁰ Dit houdt voornamelijk verband met het non-commercialiteitsprincipe (hoofdstuk I) en met de erkenningsnormen voor de actoren die de transplantatiesector mogen betreden (hoofdstuk II). In het bijzonder zal telkens aandacht worden besteed aan het effect dat dergelijke organisatie heeft op het orgaantekort.

Hoofdstuk I. Het non-commercialiteitsprincipe

157. De orgaantransplantatiesector wordt beheerst door een non-commercialiteitsprincipe.⁷²¹ Met ‘commercialiteit’ wordt in het algemeen de op winst gerichte handel (*in casu* van organen) bedoeld.⁷²² Hierna zullen eerst de grondslagen van het principieel verbod op deze commercialiteit worden onderzocht (afd. 1) om in functie daarvan de handhaving van dit principe naar Belgisch recht te bespreken (afd. 2).

Afdeling 1. Grondslagen van het non-commercialiteitsprincipe

§ 1. EEN OGENSCHIJNLIJKE CONSENSUS

158. Voor België vloeit het non-commercialiteitsprincipe voornamelijk voort uit artikel 4 Orgaantransplantatiewet.⁷²³ Deze bepaling bevat onder meer een verbod op betaalde donatie en op orgaanwegname met winstoogmerk. Ook in bijna alle andere landen werd het non-commercialiteitsprincipe in dergelijke verbodsbepalingen verankerd.⁷²⁴

Zo’n nationaalrechtelijk verbod op commercialiteit vindt steun in verschillende supranationale en internationale instrumenten. In het raam van de Europese Unie zijn met name twee bindende bepalingen van belang. Enerzijds verbiedt artikel 3, lid 2, derde streepje

⁷²⁰ Zie ook: Advies van de Raad van State, *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 51-2680/1, 21; N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, Antwerpen, Intersentia, 2015, nr. 781.

⁷²¹ Zie voor dergelijke term ook al: T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, Brussel, Services fédéraux des affaires scientifiques, techniques et culturelles, 1996, 53 en 186; C. TROUET, *Van lichaam naar lichaamsmateriaal. Nader gebruik van cellen en weefsels*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 49 en 100; X. DIJON, “Vers un commerce du corps humain?”, *JT* 2006, (501) 501 en 502; B.C. VAN BEERS, *Persoon en lichaam in het recht*, s.l., Boom Juridische Uitgevers, 2009, 86; N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nrs. 138, 142, 207 en 359; S. PANIS, *Stamcellen en recht. Een juridische analyse van wegneming tot gebruik*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 122, 214 en 479.

⁷²² Vgl. Advies nr. 43 van 10 december 2007 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek betreffende de problematiek van de commercialiseerbaarheid van menselijke lichaamsdelen, www.health.belgium.be, 11; WHO Global Glossary of Terms and Definitions on Donation and Transplantation, November 2009, Geneve, <http://www.who.int>, nr. 75; N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nr. 1.

⁷²³ Zie uitgebreider *infra* Afd. 2, § 1 van dit Hoofdstuk. Vgl. voor ander lichaamsmateriaal: art. 6 Wet Menselijk Lichaamsmateriaal (verbod op voordeel); art. 5 en 6 Bloedwet (verbod op donatie tegen vergoeding en aflevering met winst); art. 5, 3° Embryowet (verbod op gebruik voor commerciële doeleinden); art. 19, 22, 48 en 51 Wet Medisch Begeleide Voortplanting (verbod op handel). Zie: N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nrs. 357-358, 596 en 1040, die terecht pleit voor een eenduidige terminologie.

⁷²⁴ G.G. GARCIA, P. HARDEN en J. CHAPMAN, “The global role of kidney transplantation”, *Curr. Opin. Organ Transplant* 2012, vol. 17, (362) 366. Zie bv. Frankrijk: art. 16-6 Code civil; art. L1211-4 Code de la santé publique; art. 511-2 Code pénal. Nederland: aanhef en artikelen 2 en 7 WOD; art. 3a. Engeland: sec. 32 HTA 2004. Verenigde Staten: 42 USC § 274e: sec. 16 en 17 UAGA 2006.

Handvest van de Grondrechten van de EU⁷²⁵ (verkort: HGEU) het aanwenden van het menselijk lichaam en zijn bestanddelen (bv. organen) als bron van financieel voordeel. Anderzijds bevat ook artikel 13 Richtlijn 2010/53/EU onder meer een verbod op betaalde donatie en op orgaanwegneming met winstoogmerk.⁷²⁶ Vooral deze laatste bepaling heeft in België een belangrijke impact gehad, aangezien het huidige artikel 4 Orgaantransplantatiewet de bewoordingen ervan quasi-identiek heeft overgenomen. Naast deze bindende instrumenten werd door de Europese Commissie ook nog een aantal (niet-bindende) ondersteuningsmaatregelen getroffen.⁷²⁷

In het raam van de Raad van Europa verbieden artikel 21 EVRM-Bio (1997), alsook artikel 21 Transplantatieprotocol EVRM-Bio (2002) het aanwenden van het menselijk lichaam en zijn bestanddelen (bv. organen) als bron van financieel voordeel.⁷²⁸ Artikel 22 Transplantatieprotocol EVRM-Bio verbiedt daarenboven expliciet orgaanhandel.⁷²⁹ Hoewel België deze verdragen niet heeft ondertekend en er dus niet door gebonden is, kan worden verwacht dat ze onrechtstreeks wel kunnen worden toegepast via het EVRM.⁷³⁰ Op deze bepalingen werd bovendien verder gebouwd in een apart verdrag, namelijk het Europees Verdrag tegen de handel in menselijke organen (verkort: Europees Verdrag Orgaanhandel), dat recent in 2014 tot stand kwam.⁷³¹ Op 25 maart 2015 heeft België dit verdrag reeds ondertekend. De verwachting is dus dat België dit verdrag ook zal ratificeren en er rechtstreeks door gebonden zal zijn. Het Europees Verdrag Orgaanhandel beoogt orgaanhandel te voorkomen en te bestrijden door de verdragspartijen te laten voorzien in bepaalde strafbaarstellingen, alsook in andere omkaderende maatregelen.⁷³²

Daarnaast zijn er nog een aantal niet-bindende instrumenten met niet louter Europese, maar mondiale draagwijdte. In het raam van de WHO⁷³³ moet gewezen worden op de *WHO Guiding Principles on Human Organ Transplantation* (1991 en 2010), die hoofdzakelijk uit vrees voor orgaanhandel tot stand kwamen (zie m.n. principes 5 t.e.m. 9).⁷³⁴ Van belang is ook

⁷²⁵ Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (2010/C 83/02), *Pb. C.* 30 maart 2010, afl. 83, 389. Sinds het Verdrag van Lissabon (2009) heeft het HGEU bindende kracht ten aanzien van de instellingen, organen en instanties van de EU, alsook ten aanzien van de lidstaten voor zover zij het recht van de EU ten uitvoer brengen. Zie: art. 6, lid 1 VEU en art. 51, lid 1 HGEU; P. VAN ELSUWEGE, P. DEVISSCHER en A. VAN BOSSUYT, "Het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie: implicaties voor de nationale rechtsorde", *TPR* 2010, 529-580, die de stelling verdedigen dat het volstaat dat het geschil binnen het toepassingsgebied van het EU-recht valt, opdat het HGEU door de lidstaten gerespecteerd moet worden.

⁷²⁶ Zie ook: considerans 19 Richtlijn 2010/53/EU, waar werd verwezen naar de beginselen uit art. 3 HGEU, art. 21 EVRM-Bio (Raad van Europa) en de richtsnoeren van de WHO.

⁷²⁷ Het gaat met name om financiering van projecten (bv. HOTT; <http://hottproject.com>) en om coördinatie van het handelen van de lidstaten (m.n. Europees Actieplan 2009-2015, prioritaire actie 7.3. inzake het bereiken van een Europese consensus over het toezicht op orgaanhandel). Zie ook: Initiatief van de Helleense Republiek betreffende de aanneming van het kaderbesluit van de Raad betreffende de voorkoming en bestrijding van de handel in menselijke organen en weefsels (2003/C 100/13), *Pb. C.* 26 april 2003, afl. 100, 27; Mededeling van de Commissie - Orgaandonatie en transplantatie: beleidsmaatregelen op EU-niveau, COM(2007)275, <http://eur-lex.europa.eu>, 2 en 4, waar het bestrijden van orgaanhandel als één van de belangrijkste beleidsvraagstukken werd beschouwd.

⁷²⁸ Zie daarnaast ook de volgende niet-bindende instrumenten: Resolutie (78) 29, appendix artt. 9 en 14; 3rd Conference of European Health Ministers, Organ Transplantation, Paris 16-17 November 1987, *VI. T. Gez.* 1987-88, (284) 286 en 287; Aanbeveling Rec(2004)7 van 19 mei 2004 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa aan de lidstaten over orgaanhandel, <http://www.coe.int>.

⁷²⁹ Dit werd in een aparte bepaling opgenomen omdat orgaanhandel als een belangrijk voorbeeld van rechtstreeks financieel voordeel werd beschouwd. Zie: Memorie van toelichting Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 119.

⁷³⁰ Zie *supra* Deel I, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, B.

⁷³¹ Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs, 9 juli 2014, <http://www.conventions.coe.int>.

⁷³² Art. 1, lid 1, a, art. 4 t.e.m. 14 en art. 21-22 Europees Verdrag Orgaanhandel.

⁷³³ De WHO is verbonden aan de Verenigde Naties (VN) via diens Economische en Sociale Raad (ECOSOC). Zie in dit verband ook: Resolution 59/156 of the UN General Assembly on preventing, combating and punishing trafficking in human organs, www.unodc.org; ECOSOC Resolution 2004/22 on preventing, combating and punishing trafficking in human organs, www.un.org; art. 21, lid 5 Universele Verklaring over Bioethiek en Mensenrechten (2005) van UNESCO, dat eveneens verbonden is aan de VN via de ECOSOC-raad (UNESCO Records of the General Conference, 33rd session, Parijs, 3-21 oktober 2005, Volume 1 Resolutions, www.unesco.org, 74 e.v.).

⁷³⁴ Zie ook: Resolution WHA40.13 on development of guiding principles for human organ transplants, 40th World Health Assembly, Geneva, 4-15 May 1987; Resolutie WHA42.5 on preventing the purchase and sale of human organs, 42nd World Health Assembly,

de *Declaration of Istanbul on Organ Trafficking and Transplant Tourism* (verkort: Verklaring van Istanbul).⁷³⁵ Deze verklaring is het consensusresultaat van een internationale top van gezondheidsprofessionals en overheidsvertegenwoordigers vanuit heel de wereld, gehouden in 2008 te Istanbul. Deze top werd georganiseerd door de Transplantation Society in samenwerking met de International Society of Nephrology als antwoord op een oproep van de World Health Assembly in 2004 aan de WHO-lidstaten tot het nemen van maatregelen tegen orgaanhandel en transplantatietoerisme.⁷³⁶ De verklaring wordt gesteund door vele organisaties wereldwijd, zoals onder andere de Raad van Europa, de European Society for Organ Transplantation, de Belgische Transplantatievereniging en de Eurotransplant International Foundation.⁷³⁷ Onder meer de Belgische minister van Volksgezondheid en het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek hebben zich er al op beroepen.⁷³⁸ Vanuit deontologische invalshoek moet er ten slotte op gewezen worden dat ook de World Medical Association en de Nationale Raad van de Orde der Artsen zich sterk hebben gekant tegen het verkopen van organen.⁷³⁹

Uit het voorgaande overzicht kan duidelijk worden afgeleid dat het non-commercialiteitsprincipe berust op een internationale consensus.

159. Weliswaar kan er niet werkelijk gesproken worden van een algehele consensus. Ondanks de ruime verspreiding van het non-commercialiteitsbeginsel bestaat er in sommige delen van de wereld immers toch orgaanhandel.

Enerzijds gaat het om orgaanhandel in strijd met de geldende regelgeving (de zgn. zwarte orgaanmarkt). De exacte omvang van deze zwarte markt is wegens zijn clandestiene karakter moeilijk te bepalen, maar journalistieke bronnen en de wetenschappelijke literatuur tonen niettemin aan dat deze handel een feit is. Meestal betreft het rijke patiënten uit ontwikkelde landen (bv. Japan, Israël, Saudi-Arabië, Verenigde Staten, alsook West-Europa) die naar ontwikkelingslanden reizen (bv. India, Pakistan, Brazilië, Turkije, alsook enkele Oost-Europese landen) om er een nier van een arme levende donor te kopen.⁷⁴⁰ In de Verklaring van Istanbul werd dit fenomeen aangeduid met de (onnauwkeurige) term ‘transplantatietoerisme’.⁷⁴¹ De illegale orgaanhandel neemt soms ook andere vormen aan, bv.

Geneve, 8-19 mei 1989; Resolutie WHA44.25 on Human organ transplantation, 44th World Health Assembly, 13 mei 1991; Resolutie WHA57.18 on Human organ and tissue transplantation, 57th World Health Assembly, 22 mei 2004, Deze documenten zijn te raadplegen op: <http://www.who.int>.

⁷³⁵ Te raadplegen op: <http://www.declarationofistanbul.org>.

⁷³⁶ Zie: Resolutie WHA57.18 on Human organ and tissue transplantation, 57th World Health Assembly, 22 mei 2004, <http://www.who.int>.

⁷³⁷ Zie bij ‘endorsing organizations’ op <http://www.declarationofistanbul.org>. Zie ook: The Madrid Resolution on Organ Donation and Transplantation, Newsletter Transplant 2011, www.ont.es, 60.

⁷³⁸ *Vr. en Antw.* Senaat 2008-09, 6 mei 2009, Vr. nr. 4-3422 H. VANDENBERGHE; Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek betreffende bepaalde ethische aspecten van de wijzigingen door de wet van 25 februari 2007 aangebracht aan de wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, www.health.belgium.be, 28.

⁷³⁹ WMA Statement on Human Organ Donation and Transplantation (S-2000-01-2006), nr. F.11 en H.4; WMA Statement on Organ and Tissue Donation (S-2012-04-2012); Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 17 september 2011 betreffende de wetsvoorstellen tot wijziging van de wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, www.ordomedic.be.

⁷⁴⁰ Zie o.a.: Y. SHIMAZONO, “The state of the international organ trade: a provisional picture based on integration of available information”, *Bull. World Health Organ.* 2007, (955) 956 en 957-958; M.A. BOS, “Organ Transplantation – The European Perspective” in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation: Ethical, Legal and Psychosocial Aspects. Towards a Common European Policy*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2008, (17) 27; C. BERTHILLIER, “Le trafic d’organes en Europe” in P. MORRIS (ed.), *Regard éthique: Les transplantations*, Straatsburg, Raad van Europa, 2003, (175) 175 en 177-180; F. BILGEL, *The law and economics of organ procurement*, Cambridge, Intersentia, 2011, 107-109.

⁷⁴¹ Verklaring van Istanbul (‘definitions’). Zie o.a. ook: WHO Global Glossary of Terms and Definitions on Donation and Transplantation, November 2009, Geneve, <http://www.who.int>, nr. 76; Advies nr. 43 van 10 december 2007 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 5; Eurotransplant Manual, [versie 4.0., 2014], www.eurotransplant.org, nr. 2.1.5.2. Deze term is onnauwkeurig omdat ‘toerisme’ met het oog op transplantatie ook zonder commercialiteit, omwille van bv. specifieke buitenlandse expertise kan plaatsvinden. Zie: N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nr. 446.

doordat de levende donor naar het land van de ontvanger-koper wordt gebracht of doordat donor en ontvanger beide naar een derde land gaan.⁷⁴² In al deze gevallen wordt de illegale orgaanhandel doorgaans georchestreerd door op winst beluste tussenpersonen (bv. internationale en lokale orgaanmakelaars, artsen, ziekenhuizen, ambtenaren en soms zelfs familieleden).⁷⁴³ Soms heeft de illegale handel ook betrekking op organen van overleden donoren. Het bekendste voorbeeld hiervan is te vinden in China, waar volgens verscheidene bronnen de organen van geëxecuteerde Falun Gong-gevangenen⁷⁴⁴ zonder toestemming van henzelf of van hun familie worden weggenomen om ze te verkopen.⁷⁴⁵ Volgens een conservatieve schatting zou ongeveer 5 à 10% van het totale aantal niertransplantaties per jaar in heel de wereld het resultaat zijn van orgaanhandel.⁷⁴⁶ Voor wat betreft Europa zou orgaanhandel weliswaar relatief kleinschalig zijn.⁷⁴⁷

Anderzijds bestaat er ook een gelegaliseerde orgaanhandel (een zgn. gereglementeerde orgaanmarkt) in Iran.⁷⁴⁸ Sinds 1988 is hier de verkoop van nieren door levenden donoren officieel toegelaten. Kandidaat-donoren en kandidaat-ontvangers kunnen er zich wenden tot een vereniging zonder winstoogmerk (de Charity Association for Support of Kidney Patients), die dan een geschikte match zoekt en beide partijen in contact brengt. De Iraanse overheid betaalt de donoren voor het afstaan van hun nier een bedrag van zo'n 400 – 1.000 Dollar, geeft ze een gratis ziekteverzekering en korting op medicijnen en vergoedt de nierwegnemingskosten. In de praktijk wordt tussen donor en ontvanger doorgaans overeengekomen dat de ontvanger daarbovenop nog een bijkomend bedrag (vaak zo'n 4.000 Dollar) betaalt.⁷⁴⁹ Door sommige Belgische auteurs werd ook al op een gereglementeerde markt aangestuurd.⁷⁵⁰

⁷⁴² Y. SHIMAZONO, o.c., *Bull. World Health Organ.* 2007, (955) 957.

⁷⁴³ Y. SHIMAZONO, o.c., *Bull. World Health Organ.* 2007, (955) 956, waar ook melding wordt gemaakt van websites die heuse 'transplantatiepakketten' aanbieden van 70.000 tot 160.000 Dollar; A. CAPLAN *et al.*, *Trafficking in organs, tissues and cells and trafficking in human beings for the purpose of the removal of organs*, Joint Council of Europe/United Nations study, 2009, www.coe.int, 58; OSCE Office of the Special Representative and Co-ordinator for Combating Trafficking in Human Beings, *Trafficking in Human Beings for the Purpose of Organ Removal in the OSCE Region: Analysis and Findings*, Occasional Paper Series no. 6 (2013), www.osce.org, 6 en 28-29; C. BERTHILLIER, o.c. in P. MORRIS (ed.), *Regard éthique*, 2003, (175) 175 en 177-180.

⁷⁴⁴ Falun Gong-aanhangers beoefenen een spirituele zelfdiscipline die door de Chinese overheid in 1999 werd verboden.

⁷⁴⁵ D. MATAS en D. KILGOUR, *Bloody Harvest: Revised Report into Allegations of Organ Harvesting of Falun Gong Practitioners in China*, 2007, <http://organharvestinvestigation.net/report0701/report20070131-eng.pdf>, 58; Y. SHIMAZONO, o.c., *Bull. World Health Organ.* 2007, (955) 957; A. ERKUL, "Japanners kopen organen van geëxecuteerde Chinezen", *De Morgen* 22 maart 2006, 12. De Falun Gong-affaire kreeg opvallend veel aandacht in de Belgische politiek, waar deze handel unaniem veroordeeld werd: Mondelinge vraag van de heer Lionel VANDENBERGHE aan de minister van Buitenlandse Zaken over "de vervolging van Falun Gong-aanhangers in China en de organenhandel die hiermee gepaard zou gaan", *Hand.* Senaat 2005-06, 20 april 2006 (Vr. nr. 3-1088); *Vr. en Antw.* Senaat 2005-06, 2 mei 2006 (Vr. nr. 3-5010 L. VANDENBERGHE); *Vr. en Antw.* Kamer 2005-06, 2 mei 2006 (Vr. nr. 744 K. BULTINCK); *Vr. en Antw.* Senaat 2006-07, 7 september 2006 (Vr. nr. 3-5842 DE ROECK); Mondelinge vraag van mevrouw Sabine DE BETHUNE aan de minister van Buitenlandse zaken over "de ratificatie van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en de biogeneeskunde", *Hand.* Senaat 2006-07, 30 november 2006, 18 (nr. 3-1300); *Vr. en Antw.* Kamer 2006-07, 5 december 2006 (Vr. nr. 410 K. BULTINCK); *Vr. en Antw.* Senaat 2006-07, 16 februari 2007 (Vr. nr. 3-7084 DE ROECK); *Vr. en Antw.* Kamer 2014-15, 5 mei 2015, Vr. nr. 162 W. DE VRIENDT. Zie ook de vervallen/verworpen voorstellen tot resolutie: Voorstel van resolutie tot instelling van een internationaal onderzoek naar vermeende uitroeiingskampen en illegale handel in menselijke organen in de Volksrepubliek China, *Parl. St.* Kamer 2007-2008, nr. 52-841/1 en *Parl. St.* Kamer 2010-11, nr. 53-545/1 en 53-545/2.

⁷⁴⁶ A. CAPLAN *et al.*, *Trafficking in organs*, Joint Council of Europe/United Nations study, 2009, www.coe.int, 58.

⁷⁴⁷ Aanbeveling 1611 (2003) van de Parlementaire vergadering van de Raad van Europa over mensenhandel in Europa, <http://www.coe.int>, 5; CPME Statement concerning the Communication from the European Commission "Organ Donation and Transplantation: Policy Actions at EU Level" (COM(2007) 275 final), www.cpme.eu, 3; Resolutie van het Europees Parlement van 22 april 2008 over orgaandonatie en –transplantatie: beleidsmaatregelen op EU-niveau (2007/2210(INI)), *Pb. C.* 29 oktober 2009, afl. 259, E/2; NIVEL, *ACTOR study*, 2013, www.ec.europa.eu, 149.

⁷⁴⁸ Zie ook: J. ZARGOOSHI, "Iran's Commercial Renal Transplantation Program: Results and Complications" in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation: Ethical, Legal and Psychosocial Aspects. Towards a Common European Policy*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2008, (80) 81, waar eveneens sprake is van legalisering in Saudi-Arabië en Koeweit.

⁷⁴⁹ A.J. GHODS, "Incentives in non-Western countries: the Iranian model" in R.W.G. GRUËSSNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, New York, McGraw-Hill Medical, 2008, (75) 77; J. ZARGOOSHI, o.c. in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2008, (80) 82; M.K. FALLAHZADEH *et al.*, "Comparison of Health Status and Quality of Life of Related Versus Paid Unrelated Living Kidney Donors", *Am. J. Transpl.* 2013, (3210) 3211.

⁷⁵⁰ E. NORDIN, "Een onderzoek naar de voor- en nadelen van de (gereglementeerde) markt in organen", *TPR* 2010, (93) 137-140; Advies nr. 43 van 10 december 2007 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 19 e.v. en 45, waar echter

§ 2. BEZWAREN TEGEN ORGAANVERKOOPSOVEREENKOMSTEN

160. Waarom geniet het non-commercialiteitsprincipe zo een ruime steun? Welke bezwaren kunnen er tegen orgaanverkoopcontracten worden aangevoerd? Dit zal hierna worden onderzocht in het licht van de algemene geldigheidsvereisten voor (verkoops)overeenkomsten.⁷⁵¹ Krachtens artikel 1108 BW veronderstelt een geldige overeenkomst toestemming en bekwaamheid (*infra* A), een voorwerp (*infra* B) en een geoorloofde oorzaak (*infra* C).

A. Toestemming en bekwaamheid

161. Een geldige overeenkomst vereist allereerst een toestemming die vrij is van wilsgebreken (*cf.* art. 1109 BW). De tegenstanders van orgaanhandel voeren echter aan dat de toestemming van de donor onvrijwillig zal zijn in geval van orgaanverkoop.⁷⁵² Concreet blijkt uit de ervaring met (illegale of gereguleerde) orgaanmarkten dat het de arme leden van de bevolking zijn die zich wegens hun benarde financiële situatie genoodzaakt zien om een orgaan te verkopen.⁷⁵³ Bij illegale orgaanhandel kan het zelfs gebeuren dat malafide tussenpersonen de donor onder bedreiging dwingen om zijn orgaan af te staan.⁷⁵⁴ Deze situaties zouden als het wilsgebrek van (moreel of fysiek) ‘geweld’ kunnen worden beschouwd (art. 1111-1113 BW).⁷⁵⁵ Daarnaast dreigt de donor door toedoen van criminele tussenpersonen soms ook bewust de nodige informatie over de risico’s van orgaanwegname te worden onthouden en/of achteraf een lagere verkoopprijs te ontvangen dan degene die was afgesproken.⁷⁵⁶ Dit zou als het wilsgebrek ‘bedrog’ kunnen worden beschouwd (art. 1116 BW).⁷⁵⁷ Ten slotte blijkt ook dat de arme, onopgeleide donoren vaak niet over de nodige informatie beschikken en deze niet steeds

geen eensgezindheid bestond; T. VANSWEEVELT, “Organen, weefsels en eicellen mogen een prijs hebben”, *De Morgen* 14 februari 2008. Zie voor een vollediger overzicht van mogelijke marktsystemen: F. BILGEL, *The law and economics of organ procurement*, 2011, 32-61.

⁷⁵¹ Zie ook: E. NORDIN, *o.c.*, TPR 2010, (93) 115 e.v.; N. N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nrs. 359, 424 en 516 e.v. en 555, die ook wijst op een mogelijke kwalificatie als *sui generis*-overeenkomst, waarbij de donor een betaling ontvangt in ruil voor zijn toestemming tot orgaanwegname. Nochtans kan niet worden ontkend dat er een zaak wordt geleverd tegen een prijs, wat veeleer een verkoopsovereenkomst lijkt te zijn (art. 1582 BW). Hoe dan ook zouden voor dergelijke *sui generis*-overeenkomst dezelfde algemene geldigheidsvereisten gelden, zodat eveneens naar de bespreking in de volgende randnummers kan worden verwezen.

⁷⁵² A. DEMOOR, “Transplantatie van Organen Of: Zal het recht dwingen tot naastenliefde”, *Jura Falc.* 1976-77, (69) 76; E. DIRIX, “Grondrechten en overeenkomsten” in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, (35) 72; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 53; Advies nr. 11 van 20 december 1999 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek betreffende het wegnemen van organen en weefsels bij gezonde levende personen, met het oog op transplantatie, <http://www.health.belgium.be>, 13 en 15; B. SINDIC, “De la capacité du mineur en matière de prélèvement et de transplantation d’organes”, *Ann. Dr. Louvain* 2002, (225) 240-241; C. TROUET, *Van lichaam naar lichaamsmateriaal*, 2003, 50; A. BELHOUS, “Prélèvement et transplantation d’organes à travers la législation marocaine et la législation belge”, *Con. M.* 2008, (27) 30; WMA Statement on Human Organ Donation and Transplantation (S-2000-01-2006), nrs. F.11 en H.4.

⁷⁵³ G.J. BANKS, “Legal & Ethical Safeguards: Protection of Society’s Most Vulnerable Participants in a Commercialized Organ Transplantation System”, *Am. J.L. & Med.* 1995, (45) 94; J. ZARGOOSHI, *o.c.* in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2008, (80) 85-86; A. CAPLAN *et al.*, *Trafficking in organs*, Joint Council of Europe/United Nations study, 2009, www.coe.int, 7 en 31; OSCE, *Trafficking in Human Beings for the Purpose of Organ Removal in the OSCE Region*, Occasional Paper Series no. 6 (2013), www.osce.org, 28-29.

⁷⁵⁴ Y. SHIMAZONO, *o.c.*, *Bull. World Health Organ.* 2007, (955) 958; A. CAPLAN *et al.*, *Trafficking in organs*, Joint Council of Europe/United Nations study, 2009, www.coe.int, 62; Aanbeveling Rec(2004)7 van 19 mei 2004 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa aan de lidstaten over orgaanhandel, <http://www.coe.int>; Memorie van toelichting Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 119.

⁷⁵⁵ Vgl. ook: *Flynn v. Holder*, 684 F.3d 852 (U.S. CA 9th circ. 2012), geciteerd en gevolgd in *Richards v. Holder*, 2014 WL 2805280 (US Distr. C. Mass.), inzake het verbod op de verkoop van een nier bij leven en van de overige organen na overlijden.

⁷⁵⁶ OSCE, *Trafficking in Human Beings for the Purpose of Organ Removal in the OSCE Region*, Occasional Paper Series no. 6 (2013), www.osce.org, 7, 28-29 en 31.

⁷⁵⁷ E. NORDIN, *o.c.*, TPR 2010, (93) 117-118; N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nr. 456; M. ABECASSIS *et al.*, “Consensus Statement on the Live Organ Donor”, *JAMA* 2000, vol. 284, (2919) 2925-2925.

begrijpen.⁷⁵⁸ Dit zou dan weer als het wilsgebrek ‘dwaling’ kunnen worden aangezien (art. 1110 BW).

Nochtans kan niet worden aanvaard dat een benarde financiële situatie de donor automatisch berooft van zijn rede en beslissingsvrijheid, zodat er lang niet altijd sprake zal zijn van het wilsgebrek ‘geweld’.⁷⁵⁹ Bij altruïstische donatie ten voordele van familielid bestaat er trouwens eveneens een risico op morele dwang, maar toch wordt deze vorm van donatie wél algemeen aanvaard.⁷⁶⁰ Desnoods zou het risico op dergelijke dwang nog kunnen worden ingeperkt door de verkoopprijs te plafonneren,⁷⁶¹ in de veronderstelling dat het moeilijker wordt om te weigeren naarmate de prijs hoger is.⁷⁶² Voorts zou de orgaanverkoopsovereenkomst ook kunnen worden omkaderd met een waarborg van geïnformeerde toestemming en bescherming tegen malafide tussenpersonen (bv. via strafrechtelijke handhavingsmaatregelen of burgerrechtelijke afdwingbaarheid van de overeengekomen prijs).⁷⁶³ Ook kan worden voorzien in het recht van de donor om zijn toestemming vóór de wegneming te herroepen.⁷⁶⁴ Op zich vormt het risico op gebrekkige toestemming m.i. dan ook geen argument voor een absoluut verbod op orgaanhandel, maar wel voor een gereguleerde markt.

162. Degene die toestemt tot een (orgaanverkoops)contract moet ook over de nodige bekwaamheid beschikken (art. 1123-1125 BW). Op dit punt lijkt de verkoop van organen echter geen specifieke problemen te geven.⁷⁶⁵

B. Voorwerp

163. Een verkoopsovereenkomst bestaat erin de eigendom van een zaak over te dragen tegen betaling van een prijs (art. 1582-1583 BW). Met betrekking tot orgaanverkoopsovereenkomsten zou dit betekenen: 1) dat het orgaan als zaak moet kunnen worden gekwalificeerd, 2) dat de verkoper een eigendomsrecht op deze zaak heeft⁷⁶⁶ en 3) dat deze zaak gekwalificeerd wordt als zijnde ‘in de handel’ (art. 1128 en 1598 BW).

⁷⁵⁸ Vgl. M.K. FALLAHZADEH *et al.*, *o.c.*, *Am. J. Transpl.* 2013, vol. 13, (3210) 3211 en 3213; GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, Den Haag, Gezondheidsraad, 2003, nr. 2003/1, 142; OSCE, *Trafficking in Human Beings for the Purpose of Organ Removal in the OSCE Region*, Occasional Paper Series no. 6 (2013), www.osce.org, 28-29.

⁷⁵⁹ N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nrs. 189, 453, 495-497 en 523, die meent dat er slechts in uitzonderlijke omstandigheden sprake zal zijn van geweld (bv. indien de donor dringend geld nodig heeft voor een levensreddende operatie). Zie ook: A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation: Key Legal and Ethical Issues*, Aldershot, Ashgate, 1999, 178 en 192; S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 223-226; T.D. SCHIANO en R. RHODES, “Transplant Tourism” in D. BOTTERILL, G. PENNINGS en T. MAINIL, *Medical Tourism and Transnational Health Care*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2013, (113) 127.

⁷⁶⁰ E. NORDIN, *o.c.*, *TPR* 2010, (93) 118-119; N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nr. 146; T.D. SCHIANO en R. RHODES, *o.c.* in D. BOTTERILL *et al.*, *Medical Tourism and Transnational Health Care*, 2013, (113) 126. Zie uitvoerig *infra* Deel IV, Hoofdstuk III, Afd. 3, § 2, B over dwang bij familiale donatie.

⁷⁶¹ S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 223-226.

⁷⁶² Zie bv.: *Barnhill v. State of Georgia*, 575 S.E.2d 460 (S.C. Ga. 2003), waar een kleine geldelijke prikkel bij wijze van korting op het tarief voor de aanvraag van een rijbewijs (8 i.p.v. 15 Dollar) in ruil voor de registratie als orgaandonor niet als een vorm van gedwongen donatie werd beschouwd.

⁷⁶³ Vgl. D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, 391 en 393.

⁷⁶⁴ Dit herroepingsrecht zou kunnen worden beschouwd als een potestatieve ontbindende voorwaarde. Zie: N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nrs. 555 en 1012-1014, die hiervoor echter een *sui generis*-overeenkomst, waarbij de donor betaald wordt voor zijn toestemming tot orgaanwegneming, een betere kwalificatie acht dan een verkoopsovereenkomst. Zie over het herroepingsrecht: art. 8, § 1 Orgaantransplantatiewet en *infra* Deel IV, Hoofdstuk III, Afd. 8.

⁷⁶⁵ E. NORDIN, *o.c.*, *TPR* 2010, (93) 121; N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nr. 525.

⁷⁶⁶ Art. 544 BW: “Eigendom is het recht om op de meest volstrekte wijze van een zaak het genot te hebben en daarover te beschikken, mits men er geen gebruik van maakt dat strijdig is met de wetten of met de verordeningen.” Het bestaan van een eigendomsrecht veronderstelt op zich dus reeds het bestaan van een zaak.

1. Organen als zaken

164. In het Belgische recht wordt een onderscheid gemaakt tussen personen en zaken. Ofwel is iets een persoon of rechtssubject: dit zijn de dragers van rechten en plichten. Ofwel is iets een zaak of rechtsobject:⁷⁶⁷ dit is alles wat geen persoon is.⁷⁶⁸ Deze *summa divisio* is hier van groot belang. Enkel zaken kunnen immers het voorwerp van eigendomsrechten en verkoopsovereenkomsten uitmaken. Slavernij is verboden.⁷⁶⁹ Met betrekking tot de delen van het menselijk lichaam (*in casu* organen) moet dit onderscheid als volgt worden geïnterpreteerd.

Indien het lichaamsmateriaal deel uitmaakt van het menselijke lichaam, dan kunnen ze niet als zaak worden gekwalificeerd. Vrijwel algemeen wordt immers aanvaard dat het (levende) menselijke lichaam de *conditio sine qua non* van de persoon uitmaakt en daarom met die persoon moet worden vereenzelvigd.⁷⁷⁰ In de woorden van C. Petit: “*het lichaam is niet mijn zaak, dat ben ik zelf*”.⁷⁷¹ De zelfbepaling over het menselijke lichaam steunt dan ook niet op een eigendomsrecht, maar op een persoonlijkheidsrecht.⁷⁷²

Indien het lichaamsmateriaal daarentegen van het menselijke lichaam is afgescheiden, dan kan niet meer ernstig worden volgehouden dat dit lichaamsmateriaal met de persoon moet worden vereenzelvigd. Er wordt dan ook algemeen aangenomen dat afgescheiden lichaamsmateriaal een zaak uitmaakt.⁷⁷³ Hierdoor wordt dit lichaamsmateriaal vatbaar voor eigendom. In geval van een orgaanverkoopsovereenkomst, die dan wellicht tot stand komt vóór de orgaanwegname bij de donor, zou het dan gaan om de verkoop van een toekomstige zaak (*cf.* art. 1130, lid 1 BW).⁷⁷⁴

⁷⁶⁷ In feite moet gesproken worden van ‘goederen’, die niet enkel de zaken, maar ook vermogensrechten omvatten. Zaken betreffen enkel de stoffelijke voorwerpen (F. VAN NESTE, *Zakenrecht. Boek I*, Brussel, Story-Scientia, 1990 (2^{de} ed.), 11). Aangezien de hiernavolgende bespreking enkel zaken betreft, zal echter voor alle duidelijkheid deze term gebruikt worden.

⁷⁶⁸ F. VAN NESTE, *Zakenrecht. Boek I*, 1990 (2^{de} ed.), 9; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014 (3^{de} ed.), 41-42; N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nr. 33; C. TROUET, *Van lichaam naar lichaamsmateriaal*, 2003, 339.

⁷⁶⁹ Art. 4 EVRM; art. 5 HGEU.

⁷⁷⁰ R. DIERKENS, *Lichaam en lijk. Raakpunten van recht en geneeskunde*, Brugge, die Keure, 1962, 27-28, 31 en 34; J. MATTHIJS, “Bedenkingen ten behoeve van een transplantatiewet”, *RW* 1971-72, (161) 164 en 169; A. DEMOOR, *o.c.*, *Jura Falc.* 1976-77, (69) 75; W. DREESSEN, “Orgaantransplantatie en mensenrechten”, *Jura Falc.* 1984-85, (500) 507-508; M.T. MEULDERS-KLEIN en B. MAINGAIN, “Le droit de disposer de soi-même. Étendue et limites en droit comparé” in JOURNÉES D’ÉTUDES JURIDIQUES JEAN DABIN (ed.), *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs: contribution à l’étude du règlement juridique des conflits de valeurs en droit pénal, public et international*, Brussel, Bruylant, 1982, (215) 221-222 en 237; E. DIRIX, *o.c.* in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, 1982, (35) 71; I. BOONE, “Het wegnemen en transplanteren van organen volgens het Belgische recht”, *TPR* 1996, (91) 102 en 103; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 51-52 en 141; J. VELAERS, “Het menselijk lichaam en de grondrechten” in CENTRUM GRONDSLAGEN VAN HET RECHT (ed.), *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen, Maklu, 1996, (117) 122 en 189; B. TILLEMANN, *Verkoop. Deel 1 in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Antwerpen, Story-Scientia, 2001, 380; A. HEYVAERT, *Het personen- en familierecht ont(k)leed*, Gent, Mys & Breesch, 2002, 19; C. TROUET, *Van lichaam naar lichaamsmateriaal*, 2003, 53-56 en 340-341; H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 2005, 504; X. DIJON, *o.c.*, *JT* 2006, (501) 501; E. NORDIN, *o.c.*, *TPR* 2010, (93) 122; N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nr. 188. Enigszins anders: Y.-H. LELEU en G. GENICOT, “La maîtrise de son corps par la personne”, *JT* 1999, (589) 589 en 590-592.

⁷⁷¹ C. PETIT, “Lichaam en lijk als voorwerpen van rechtsbetrekking”, *Themis* 1950, (428) 431. Zie daarvoor ook al: Hoge Raad 25 juni 1946, *NJ* 1946, 645, concl. Adv.-Gen. VAN ASCH VAN WIJK en noot W.P.

⁷⁷² Zie de bronnen in de vorige twee voetnoten. Zie *infra* Deel IV, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, C.1. uitvoerig over dit persoonlijkheidsrecht.

⁷⁷³ X. DIJON, *Le sujet de droit en son corps*, Namen, Société d’études morales, sociales et juridiques, 1982, 675; T. VANSWEEVELT, *Aids en recht. Een aansprakelijkheids- en verzekeringsrechtelijke studie*, Antwerpen, Maklu, 1989, 87; I. BOONE, *o.c.*, *TPR* 1996, (91) 103; Y.-H. LELEU en G. GENICOT, *o.c.*, *JT* 1999, (589) 590; C. TROUET, *Van lichaam naar lichaamsmateriaal*, 2003, 12 en 341-343; H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 2005, 504; N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nrs. 165, 181-182, 188, 200-201, 527 en 538; S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 120.

⁷⁷⁴ N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nrs. 230, 527, 541 en 557. Zie ook: Concl. Adv.-Gen. VAN ASCH VAN WIJK onder Hoge Raad 25 juni 1946, *NJ* 1946, (648) 650; C.F. WERY, “Beschikken over eigen lichaam en lichaamsdelen”, *Ars Aequi* 1976, (305) 311-312; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 388.

2. Eigenaar van organen

165. Sommige auteurs wijzen de verkoop van organen af op basis van de stelling dat de donor geen eigenaar kan zijn van zijn lichaamsmateriaal.⁷⁷⁵ Deze opvatting miskent echter de geldende eigendomsregels. Het verkrijgen van eigendom op een roerend lichamelijke goed zoals een afgescheiden orgaan, waar voorheen geen eigendomsrecht op rustte (*res nullius*), kan wél door middel van het juridische bezit van het orgaan (art. 2279 BW).⁷⁷⁶ Bezit veronderstelt enerzijds een feitelijke macht over het goed (*corpus*) en anderzijds de intentie om deze macht voor eigen rekening uit te oefenen (*animus*).⁷⁷⁷ Dat de donor tijdens de wegnemings- en transplantatie-ingreep nooit zelf de feitelijke macht over het orgaan heeft, belet niet dat de arts in zijn naam en voor zijn rekening het orgaan in zijn macht houdt. Overeenkomstig artikel 2228 BW is het bezit immers “*het houden of het genieten van een zaak die wij in onze macht hebben (...), hetzij in persoon, hetzij door een ander die in onze naam de zaak in zijn macht heeft (...)*” (eigen onderlijning).⁷⁷⁸ De wegnemende arts kan dus louter houder of detentor zijn,⁷⁷⁹ terwijl de donor als de werkelijke bezitter en dus eigenaar wordt beschouwd.⁷⁸⁰ In geval van orgaanafscheiding *post mortem* kan evenwel niet worden gesteld dat de overleden donor eigenaar wordt of een eigendomsrecht in zijn nalatenschap achterlaat. Het eigendomsrecht zal dan immers pas ontstaan wanneer de donor niet langer drager van rechten en plichten is.⁷⁸¹ De (mede-)eigendom lijkt dan veeleer te zullen toekomen aan de naasten van de overledene.⁷⁸²

Hoe dan ook zou de eigendom van het orgaan ter uitvoering van een orgaanverkoopsovereenkomst worden overgedragen aan de koper, *in casu* de ontvanger of een andere (rechts)persoon (bv. het ziekenhuis of een overheidsinstelling), zodra het orgaan wordt weggenomen uit de donor. Ook dan zal de arts houder zijn van het orgaan, maar dan nu in naam

⁷⁷⁵ Y.-H. LELEU en G. GENICOT, *o.c.*, JT 1999, (589) 591 en 595. Zie ook in die zin: R. DIERKENS, *Lichaam en lijk*, 1962, 59; J. MATTHIJS, *o.c.*, RW 1971-72, (161) 169; Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 20 mei 1995 betreffende eigendom van paraffineblokjes in laboratoria voor pathologie-anatomie, www.ordomedic.be. Vgl. Frankrijk: art. 16-1, leden 2 en 3 en art. 16-5 Code civil; A. CLAEYS en C. HURIET, *Rapport sur l'application de la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, Parijs, Assemblée Nationale, 1999, 31.

⁷⁷⁶ V. SAGAERT, *Goederenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 699; F. VAN NESTE, *Zakenrecht. Boek I*, 1990 (2^{de} ed.), 14 en 306.

⁷⁷⁷ F. VAN NESTE, *Zakenrecht. Boek I*, 1990 (2^{de} ed.), 206 en 212; V. SAGAERT, *Goederenrecht*, 2014, 633-634.

⁷⁷⁸ Men spreekt van onrechtstreeks bezit of bezit *animo suo corpore alieno*. Zie: F. VAN NESTE, *Zakenrecht. Boek I*, 1990 (2^{de} ed.), 209-210 en 215; V. SAGAERT, *Goederenrecht*, 2014, 633.

⁷⁷⁹ Bij detentie of houderschap bestaat het *corpus*, maar ontbreekt de *animus*. Zie: F. VAN NESTE, *Zakenrecht. Boek I*, 1990 (2^{de} ed.), 217-218; V. SAGAERT, *Goederenrecht*, 2014, 633 en 635.

⁷⁸⁰ C. TROUET, *Van lichaam naar lichaamsmateriaal*, 2003, 339 en 354-356; H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 2005, 504-505; N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nrs. 543, 548-549, 574 en 976. Zie ook zonder een verwijzing naar de bezitsleer: T. VANSWEEVELT, “Art. 8 Orgaantransplantatiewet” in *Comm. Pers.*, 2007, 4; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 101; E. NORDIN, *o.c.*, TPR 2010, (93) 130; S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 121 en 123-124. *Contra*: W. DREESSEN, *o.c.*, *Jura Falc.* 1984-85, (500) 508-509; N. MAMODE *et al.*, “Anonymity and Live-Donor Transplantation: An ELPAT View”, *Transplantation* 2013, (536) 540, waar zonder enige bronvermelding of juridische argumentatie wordt gesteld dat het concept van eigendom op organen in geen enkel burgerlijk wetboek wordt gehanteerd. Dat organen of ander lichaamsmateriaal niet expliciet in een burgerlijk wetboek vermeld worden, sluit echter hoegenaamd niet uit dat ze kunnen voldoen aan de algemene eigendomsvoorwaarden. Zie voor *Nederland*, waar eveneens een eigendomsrecht van de donor wordt aanvaard: C. PETIT, *o.c.*, *Themis* 1950, (428) 431; H.J.J. LEENEN, J.C.J. DUTE, J. LEGEMAATE *et al.*, *Handboek gezondheidsrecht*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014 (6^{de} ed.), 82-83; GEZONDHEIDSRAAD, *Naar goed gebruik*, Den Haag, Gezondheidsraad, 1994, nr. 1994/01, 41. *Contra*: S. PERRICK, “Schenking van organen. Enkele juridische aspecten”, *TvGR ?* 1979, (141) 142. Zie voor een uitgebreide uiteenzetting van de opvattingen binnen de common law van Engeland en de Verenigde Staten, waar doorgaans wel een eigendomsrecht op afgescheiden lichaamsmateriaal wordt aanvaard, maar waar het niet steeds duidelijk is of dit aan de donor kan worden toegekend: R. HARDCASTLE, *Law and the human body: property rights, ownership and control*, Oxford, Hart, 2007, 28-39 en 63; N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nr. 231 e.v.; S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 114 e.v. Specifiek met betrekking tot orgaantransplantatie werden slechts twee Amerikaanse rechtszaken gevonden. In de ene zaak werd eigendom van de donor (en zijn familie) afgewezen (*Richards v. Holder*, 2014 WL 2805280 (US Distr. C. Mass.)). In de andere zaak werd de mogelijkheid tot eigendom opengelaten (*Colavito v. New York Organ Donor Network Inc.*, 438 F.3d 214 (U.S. CA, 2nd Circ., 2006)).

⁷⁸¹ Het overlijden betekent immers het einde van de persoon. Zie *infra* Deel V, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 1, A.1.

⁷⁸² Zie uitgebreider *infra* Deel V, Hoofdstuk II, Afd. 3, § 1, A.

en voor rekening van de koper. In het raam van de transplantatieovereenkomst tussen arts en ontvanger zou het orgaan vervolgens zo snel mogelijk moeten worden geïmplantéerd bij de ontvanger. Hierdoor gaat het orgaan opnieuw deel uitmaken van een menselijk lichaam, zodat het ophoudt een zaak te zijn en het eigendomsrecht teniet gaat.⁷⁸³

3. Organen ‘in de handel’

166. Ter verantwoording van het verbod op orgaanafstand met winstoogmerk beriep de Belgische wetgever zich op de rechtsopvatting die het menselijk lichaam beschouwt als een zaak ‘buiten de handel’ (*hors du commerce*).⁷⁸⁴ Deze traditionele opvatting is echter achterhaald en berust enkel nog op spraakverwarring. De notie ‘in de handel’ heeft in het burgerlijk recht immers een andere betekenis dan in het dagdagelijkse ‘commerciële’ spraakgebruik. Als juridische kwalificatie is ze slechts bedoeld om aan te geven dat de zaak in het rechtsverkeer is opgenomen.⁷⁸⁵ Dit staat op zich los van commercialiteit. Zo zullen ook zaken die het voorwerp vormen van een overeenkomst ten kosteloze titel (bv. een schenking)⁷⁸⁶, als zaken ‘in de handel’ worden beschouwd.⁷⁸⁷ Welnu, uit de Orgaantransplantatiewet valt af te leiden dat een orgaan in het rechtsverkeer kan worden gebracht, zodat het als een zaak ‘in de handel’ mag worden beschouwd, wat op zich geen afdoende grondslag kan vormen voor een verbod op orgaanhandel.⁷⁸⁸

167. Uit het voorgaande volgt dat een orgaan op het eerste gezicht wel degelijk het voorwerp van een verkoopcontracten kan uitmaken. Weliswaar is daarmee nog niets gezegd over het vereiste dat het voorwerp moet stroken met de openbare orde en de goede zeden (art. 6 BW). Dit zal hierna in het licht van de oorzaak van (verkoops)overeenkomsten nader worden besproken.

C. Geoorloofde oorzaak

168. De verbintenisrechtelijke oorzaak wordt doorgaans begrepen als de doorslaggevende beweegreden(en) voor het aangaan van de verbintenis(sen). In het geval van een

⁷⁸³ Zie ook: H. NYS, “Eigendom in het medisch recht”, *RW* 1983-84, (2357) 2371; W. DREESSEN, *o.c.*, *Jura Falc.* 1984-85, (500) 510; T. VANSWEEVELT, “Art. 8 Orgaantransplantatiewet” in *Comm. Pers.*, 2007, 4; ; I. BOONE, *o.c.*, *TPR* 1996, (91) 103; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 101; N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nrs. 275-276 en 1010-1011; S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 124 en 136.

⁷⁸⁴ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 1980-81, nr. 774-1, 5-6; Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 1984-1985, nr. 832/1, 6; Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2010-2011, nr. 53-1202/1, 3. Zie ook: J. MATTHIJS, *o.c.*, *RW* 1971-72, (161) 169; J. VELAERS, *o.c.* in CENTRUM GRONDSLAGEN VAN HET RECHT (ed.), *Over zichzelf beschikken?*, 1996, (117) 190-191; A.-M. BAEKE, F. DEMEYERE en V. DE SAEDELEER, “Het Verdrag Mensenrechten en Biogeneeskunde van de Raad van Europa: Enkele krachtlijnen”, *T. Gez.* 1997-98, (247) 265; A. HEYVAERT, *Het personen- en familierecht ont(k)leed*, 2002, 81 en 82; B. SINDIC, *o.c.*, *Ann. Dr. Louvain* 2002, (225) 240.

⁷⁸⁵ H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité. V. Les biens*, Brussel, Bruylant, 1975, 529; F. VAN NESTE, *Zakenrecht. Boek I*, 1990 (2^{de} ed.), 12-13; B. TILLEMANS, *Verkoop. Deel 1 in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Antwerpen, Story-Scientia, 2001, 377.

⁷⁸⁶ Cf. W. PINTENS, K. VANWINCKELEN en J. DU MONGH, *Schets van het familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2007 (2^{de} ed.), 211.

⁷⁸⁷ X. DIJON, *o.c.*, *JT* 2006, (501) 502.

⁷⁸⁸ Zie ook: X. DIJON, “Het juridisch statuut van het menselijk lichaam” in CENTRUM GRONDSLAGEN VAN HET RECHT (ed.), *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen, Maklu, 1996, (99) 104-105; I. BOONE, *o.c.*, *TPR* 1996, (91) 101-102; Y.-H. LELEU en G. GENICOT, *o.c.*, *JT* 1999, (589) 590; C. TROUET, *Van lichaam naar lichaamsmateriaal*, 2003, 55, 99-100, 344-347 en 370; E. NORDIN, *o.c.*, *TPR* 2010, (93) 108, 114, 122-123 en 124; S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 121-122; N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nrs. 138, 141, 142, 330, 425, 527 en 573. Zie ook: N. BELRHOMARI, “Article 21. Interdiction du profit” in H. GROS ESPIELL, J. MICHAUD en G. TEBOUL (eds.), *Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine: analyses et commentaires*, Parijs, Economica, 2010, (371) 374-378 en 379.

orgaanverkoopsovereenkomst zal dit in principe neerkomen op het winstoogmerk van de orgaanverkoper⁷⁸⁹ en het gezondheidsoogmerk van de orgaankoper. De overeenkomst kan slechts geldig zijn indien de oorzaak geoorloofd is. Dit wil zeggen dat de oorzaak niet strijdig mag zijn met de openbare orde en de goede zeden (art. 6 en 1133 BW). De ‘openbare orde’ wordt traditioneel begrepen als de essentiële belangen van de Staat of van de gemeenschap of (in het privaatrecht) de juridische grondslagen waarop de economische of morele orde van de maatschappij rust.⁷⁹⁰ De ‘goede zeden’ wordt traditioneel begrepen als een geheel van regelen die door fatsoenlijke mensen in een bepaald land en op een bepaald tijdstip worden aanvaard.⁷⁹¹ In het debat omtrent orgaanhandel zijn er hoofzakelijk drie belangen die problemen kunnen opleveren voor het geoorloofd karakter van de oorzaak van orgaanverkoopcontracten: de menselijke waardigheid (*infra* 1), de menselijke gelijkwaardigheid (*infra* 2) en de volksgezondheid (*infra* 3).

1. Menselijke waardigheid

169. Een argument dat in vele internationale instrumenten tegen orgaanhandel wordt aangevoerd, luidt dat het verkopen van organen in strijd is met de menselijke waardigheid.⁷⁹² De achterliggende gedachte hierbij is dat het menselijke lichaamsmateriaal wegens een antropologisch verankerde associatie symbool staat voor de menselijke persoon op zich. Met de verzakelijking (of ‘commodificatie’) en de commerciële instrumentalisering van dit lichaamsmateriaal wordt aldus gevreesd dat ook de persoon zou worden gedegradeerd tot een louter gebruiksobject en niet langer behandeld zou worden in overeenstemming met de onbetaalbare waarde die de menselijke persoon eigenlijk verdient.⁷⁹³ Volgens deze opvatting zou een orgaanverkoopcontract dan ook nietig moet worden verklaard wegens strijdigheid met de openbare orde en de goede zeden.⁷⁹⁴

⁷⁸⁹ Vgl. A. VAN OEVELEN en A. DE BOECK, “De begrenzing van de contracutale vrijheid ten aanzien van de beschikkingsmacht over het menselijk lichaam” in CENTRUM GRONDSLAGEN VAN HET RECHT (ed.), *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen, Maklu, 1996, (305) 344-345 en 348.

⁷⁹⁰ W. VAN GERVEN, *Beginnelsen van Belgisch privaatrecht: algemeen deel*, Antwerpen, Standaard, 1969, 79.

⁷⁹¹ W. VAN GERVEN, *Beginnelsen van Belgisch privaatrecht: algemeen deel*, Antwerpen, Standaard, 1969, 82.

⁷⁹² Europese Unie: Considerans 7 Richtlijn 2010/53/EU; Mededeling van de Commissie - Actieplan inzake orgaandonatie en transplantatie (2009-2015): hechtere samenwerking tussen de lidstaten, COM(2008)819, <http://eur-lex.europa.eu>, 7; Resolutie van het Europees Parlement van 22 april 2008 over orgaandonatie en –transplantatie: beleidsmaatregelen op EU-niveau (2007/2210(INI)), *Pb. C.* 29 oktober 2009, afl. 259, E/2 en E/8; Council conclusions on organ donation and transplantation, *Pb. C.* 21 december 2012, afl. 396, nr. 5; Initiatief van de Helleense Republiek betreffende de aanneming van het kaderbesluit van de Raad betreffende de voorkoming en bestrijding van de handel in menselijke organen en weefsels (2003/C 100/13), *Pb. C.* 26 april 2003, afl. 100, 27. Raad van Europa: Memorie van toelichting EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 131; Memorie van toelichting Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 112; Preambule van het Europees Verdrag Orgaanhandel, alsook Explanatory report CM(2013)79, <http://www.coe.int>, nr. 3; WHO: Preamble Resolutie WHA 63.22 on human organ and tissue transplantation, 63rd World Health Assembly, 21 mei 2010, <http://www.who.int>. Verklaring van Istanbul: Principe 6 Verklaring van Istanbul. Zie daarnaast onder meer ook: R. DIERKENS, *Lichaam en lijk*, 1962, 15 en 16; B. TILLEMANS, *Verkoop. Deel 1 in Beginnelsen van Belgisch privaatrecht*, Antwerpen, Story-Scientia, 2001, 382 en 383; Advies nr. 11 van 20 december 1999 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 13-14 en 15; X. DIJON, o.c., *JT* 2006, (501) 502; A. BELHOUS, o.c., *Con. M.* 2008, (27) 30; GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 141.

⁷⁹³ B.C. VAN BEERS, *Persoon en lichaam in het recht*, 2009, 546-549; Advies nr. 2 van 7 juli 1997 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek betreffende het verdrag Mensenrechten en Biogeneeskunde van de Raad van Europa, <http://www.health.belgium.be>, 3; C. TROUET, *Van lichaam naar lichaamsmateriaal*, 2003, 49 en 94-95; Advies nr. 43 van 10 december 2007 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 13, 27-28 en 29-30; Commentary bij guiding principle 5, WHO Guiding principles on Human Cell, Tissue and Organ Transplantation (2010); BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, *Building on Progress: Where next for organ donation policy in the UK?*, 2012, www.bma.org.uk/ethics, 60; N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nr. 45.

⁷⁹⁴ Cf. J. MATTHIJS, o.c., *RW* 1971-72, (161) 169 en 170; J. VELAERS, o.c. in CENTRUM GRONDSLAGEN VAN HET RECHT (ed.), *Over zichzelf beschikken?*, 1996, (117) 190-191; C. TROUET, *Van lichaam naar lichaamsmateriaal*, 2003, 101; Advies nr. 43 van 10 december 2007 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 11

170. Nochtans is ‘menselijke waardigheid’ slechts een vaag begrip dat vooral afhankelijk is van een subjectieve, emotionele invulling⁷⁹⁵ en ook anders kan worden ingevuld dan als bezwaar tegen orgaanhandel. Zo zou het toelaten van orgaanverkoop evengoed kunnen worden aangezien als het bevorderen van de (contractuele) autonomie, wat juist wél lijkt te stroken met de menselijke waardigheid.⁷⁹⁶ Vanuit mensenrechtelijk perspectief wordt de individuele vrijheid immers als uitgangspunt genomen (*cf.* art. 8 EVRM).⁷⁹⁷ Hiertegen zou het eerder genoemde risico op onvrijwillige toestemming van de donor kunnen worden aangevoerd, maar deze kritiek werd reeds weerlegd. Voorts zou orgaanverkoop de donor toelaten om met het verkregen geld zijn leven en/of dat van zijn familie te verbeteren, wat eveneens lijkt te stroken met de menselijke waardigheid.⁷⁹⁸ Waarom zouden de armen hiertoe geen risico’s mogen nemen, terwijl de rijken bv. wel gevaarlijke sporten mogen uitoefenen?⁷⁹⁹ De ervaringen in Iran leren echter dat de verkoopprijs vaak niet hoog genoeg is om een levensverbetering op lange termijn waar te maken.⁸⁰⁰ Deze kritiek kan weerlegd worden door een voldoende hoge verkoopprijs te garanderen.⁸⁰¹ Dit leidt weliswaar tot een moeilijke evenwichtsoefening, aangezien een té hoge prijs het risico op (morele) dwang kan doen toenemen.⁸⁰²

Hoe dan ook miskent de opvatting die menselijke waardigheid als argument tegen orgaanhandel aanvoert, het onderscheid tussen afgescheiden lichaamsdelen en de persoon. Er kan immers maar moeilijk worden aangenomen dat de verzakelijking en commercialisering van afgescheiden delen automatisch ook tot de verzakelijking en commercialisering van de persoon (en het menselijke lichaam) zullen leiden.⁸⁰³ Bijgevolg moet m.i. worden besloten dat de menselijke waardigheid op zich een absoluut verbod op gereguleerde orgaanhandel niet kan verantwoorden.

2. Menselijke gelijkwaardigheid

171. Een concreter argument tegen orgaanhandel wordt afgeleid uit het beginsel van menselijke *gelijkwaardigheid*.⁸⁰⁴ Zo rechtvaardigde o.a. de Nederlandse wetgever het commercialiteitsverbod uitdrukkelijk vanuit de vrees dat in een orgaanmarkt enkel nog de meest financieel draagkrachtige patiënten toegang zouden hebben tot orgaantransplantatie.⁸⁰⁵ De armen zouden daarentegen niet de middelen hebben om organen te kopen en dus enkel goed

⁷⁹⁵ Advies nr. 43 van 10 december 2007 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 25-26; E. NORDIN, o.c., TPR 2010, (93) 108-109 en 114; N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nrs. 184-186.

⁷⁹⁶ Zie ook: Advies nr. 43 van 10 december 2007 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 25-26; E. NORDIN, o.c., TPR 2010, (93) 114 en 132-136; X. DIJON, o.c., JT 2006, (501) 503.

⁷⁹⁷ Zie *infra* Deel IV, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, C.1. uitvoeriger over de individuele vrijheid vervat in art. 8 EVRM.

⁷⁹⁸ In die zin: T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 54; T. VANSWEEVELT, “Organen, weefsels en eicellen mogen een prijs hebben”, *De Morgen* 14 februari 2008; E. NORDIN, o.c., TPR 2010, (93) 146-148; T.D. SCHIANO en R. RHODES, o.c. in D. BOTTERILL et al., *Medical Tourism and Transnational Health Care*, 2013, (113)125 en 127; N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nr. 193.

⁷⁹⁹ D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 391.

⁸⁰⁰ J. ZARGOOSHI, o.c. in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2008, (80) 84; N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nr. 503, die erop wijst dat de donor door een verslechterde gezondheid na orgaanverkoop soms zelfs niet meer in staat is tot arbeid, zodat het familie-inkomen zelfs daalt.

⁸⁰¹ Zie ook: A.J. GHODS, o.c. in R.W.G. GRUENESSNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, 2008, (75) 78.

⁸⁰² N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nr. 503.

⁸⁰³ N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nrs. 1, 49, 165, 174, 176, 181-182, 200 en 463; M.T. MORLEY, “Increasing the supply of organs for transplantation through paired organ exchanges”, *Yale L. & Pol’y Rev.* 2003, (221) 257-258. Vgl. ook: S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 228-229.

⁸⁰⁴ Zie o.a. art. 10-11 GW en art. 14 EVRM.

⁸⁰⁵ Memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, 22.358, nrs. 3, 5, 7 en 37.

zijn als verkopers.⁸⁰⁶ Wegens deze sociale ongelijkheid zouden orgaanverkoopsovereenkomsten wederom strijdig met de openbare orde en de goede zeden kunnen worden geacht.

Nochtans bestaat de gevreesde ongelijke toegang tot orgaantransplantatie in zekere zin nu al, aangezien enkel de rijken in het buitenland organen op de zwarte markt kunnen gaan kopen.⁸⁰⁷ Het lijkt op het eerste gezicht dus beter om het risico op ongelijkheid op te vangen door orgaanhandel te legaliseren en daarbij te voorzien in een systeem waarbij een monopsonist (bv. een overheidsinstelling of een gedelegeerde vereniging zonder winstoogmerk) alle organen inkoopt aan vaststaande prijzen⁸⁰⁸ en ze verdeelt ongeacht het betalingsvermogen van de kandidaat-ontvanger.⁸⁰⁹ Specifiek ten aanzien van overleden donoren valt ook te denken aan een systeem waarbij deze monopsonist bepaalde financiële prikkels bekostigt, zoals bv. een begrafenisvergoeding⁸¹⁰ of een tariefkorting⁸¹¹ in ruil voor de registratie als overleden donor. Tegen dergelijk monopsonistisch systeem kan worden gesteld dat de orgaanverkopers, zoals in de Iraanse praktijk, wellicht toch nog bijkomende betalingen van de ontvangers zullen vragen achter de schermen. Dit zou echter kunnen worden vermeden door anonimiteit tussen verkoper en ontvanger te garanderen, wat in Iran niet het geval was.⁸¹² Indien de orgaanhandel bovendien tot een hoger orgaanaanbod zou leiden, dan zou dit de gemiddelde wachttijd verkorten en dus alle patiënten, inclusief de armen, ten goede komen.⁸¹³ Bijgevolg rechtvaardigt de vrees voor ongelijke toegang tot gezondheidszorg m.i. op zich geen absoluut verbod op gereguleerde orgaanhandel.

⁸⁰⁶ Zie ook: T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 53, 169, 175 en 186-187; Advies nr. 11 van 20 december 1999 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 13-14 en 15; B. SINDIC, o.c., *Ann. Dr. Louvain* 2002, (225) 240-241; GEZONDHEIDSRaad, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 141-142 en 144; X. DIJON, o.c., *JT* 2006, (501) 504; S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 229-230. In dergelijke zin ook: WMA Statement on Human Organ Donation and Transplantation (S-2000-01-2006), nr. H.4. en H.5.; Principes 3 en 6 Verklaring van Istanbul; European Parliament resolution of 19 May 2010 in the Commission Communication: Action plan on Organ Donation and Transplantation (2009-2015): Strengthened Cooperation between Member States (2009/2104(INI)), <http://www.europarl.europa.eu>, nr. 34; Initiatief van de Helleense Republiek betreffende de aanneming van het kaderbesluit van de Raad betreffende de voorkoming en bestrijding van de handel in menselijke organen en weefsels (2003/C 100/13), *Pb. C.* 26 april 2003, afl. 100, 27.

⁸⁰⁷ Advies nr. 43 van 10 december 2007 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 24; “ ‘Altruïsme alleen levert niet genoeg donororganen op’ ”, *De Morgen* 15 februari 2008, 11; E. NORDIN, o.c., *TPR* 2010, (93)113 en 146-148.

⁸⁰⁸ Zie ook: T. VANSWEEVELT, “Organen, weefsels en eicellen mogen een prijs hebben”, *De Morgen* 14 februari 2008.

⁸⁰⁹ G.J. BANKS, o.c., *Am. J.L. & Med.* 1995, (45) 82,102-103 en 108-109; E. NORDIN, o.c., *TPR* 2010, (93) 159-160 en 162; A.J. MATAS, “A Regulated System of Incentives for Living Donation: Let’s Move on to the Next Phase” in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J.V. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation: Ethical, Legal and Psychosocial Aspects. Expanding the European Platform*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2011, (81) 83-84. Zie ook: D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 383; N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nrs. 441, 444, 565-568, 571 en 1040.

⁸¹⁰ Bv. NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS, *Human bodies*, 2011, 174-175. *Contra*: S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 243-244.

⁸¹¹ Bv. *Barnhill v. State of Georgia*, 575 S.E.2d 460 (S.C. Ga. 2003) (korting van 7 Dollar op de rijbewijsaanvraag); R. COPPEN, *Organ Donation, policy and legislation. With special reference to the Dutch Organ Donation Act*, Utrecht, NIVEL, 2010, 49-50 (korting op de ziekteverzekering); N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nr. 123 (korting op een levensverzekering).

⁸¹² A.J. GHODS, o.c. in R.W.G. GRUESSNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, 2008, (75) 78; E. NORDIN, o.c., *TPR* 2010, (93) 158-159 en 162-163.

⁸¹³ E. NORDIN, o.c., *TPR* 2010, (93) 146-148; N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nrs. 89 en 191.

3. Volksgezondheid

a. De gezondheid van de donor

172. In onder meer Richtlijn 2010/53/EU werd orgaanhandel beschouwd als een schending van de lichamelijke integriteit van de donor.⁸¹⁴ Meer concreet wordt in de literatuur gesteld dat orgaanhandel zou leiden tot een verslechtering van de lichamelijke én psychosociale gezondheid van de levende donor. Uit de ervaringen met het Iraanse systeem en met de illegale orgaanhandel in ontwikkelingslanden blijkt immers dat dit te maken heeft met de onveilige omstandigheden waarin de orgaanwegname vaak plaatsvindt, met de armoede van de donor (bv. slechtere basisgezondheid, geen geld om *follow-up* te betalen) en met het sociale stigma dat vaak aan orgaanverkoop kleeft en zelfs tot sociale uitsluiting kan leiden.⁸¹⁵ Ten aanzien van overleden donor spelen deze risico's uiteraard niet meer, maar toch zou orgaanhandel op een andere manier een bedreiging voor de gezondheid kunnen zijn. Het winstoogmerk zou er immers toe kunnen leiden dat het overlijden van de potentiële donor voortijdig wordt vastgesteld.⁸¹⁶ Opnieuw zou op het eerste gezicht de strijdigheid met de openbare orde en de goede zeden betoogd kunnen worden.

Weliswaar kunnen de negatieve ervaringen uit minder ontwikkelde gezondheidszorgsystemen in het buitenland niet zomaar getransponeerd worden op een land als België, waar hoogstaande gezondheidszorg wél ruim beschikbaar is. In de Belgische context zouden de gezondheidsrisico's voor de donor dan ook kunnen worden opgevangen door het waarborgen van o.a. een zorgvuldige pre-operatieve screening en een post-operatieve *follow-up*.⁸¹⁷ Zodoende zou de betaalde donor geen groter risico lopen dan altruïstische donoren, die nu al wel worden aanvaard.⁸¹⁸ Ter bescherming van overleden donoren kan het overlijden bovendien worden omkaderd met een precieze, betrouwbare vaststellingsprocedure.⁸¹⁹ Bijgevolg kan het risico voor de fysieke gezondheid van de donor m.i. niet geheel overtuigend worden aangewend in een hoogontwikkeld gezondheidszorgsysteem als argument voor een absoluut verbod op gereguleerde orgaanhandel. Het risico voor de psychosociale gezondheid van de levende donor verdient wegens het gevaar op sociaal stigma weliswaar dan wel bijzondere aandacht, aangezien dit risico moeilijker te beheersen lijkt.

⁸¹⁴ Considerans 7 Richtlijn 2010/53/EU; Mededeling van de Commissie - Actieplan inzake orgaandonatie en transplantatie (2009-2015): hechtere samenwerking tussen de lidstaten, COM(2008)819, <http://eur-lex.europa.eu>, 7; Resolutie van het Europees Parlement van 22 april 2008 over orgaandonatie en –transplantatie: beleidsmaatregelen op EU-niveau (2007/2210(INI)), *Pb. C.* 29 oktober 2009, afl. 259, E/2; Initiatief van de Helleense Republiek betreffende de aanneming van het kaderbesluit van de Raad betreffende de voorkoming en bestrijding van de handel in menselijke organen en weefsels (2003/C 100/13), *Pb. C.* 26 april 2003, afl. 100, 27; Resolution 59/156 of the UN General Assembly on preventing, combating and punishing trafficking in human organs, <https://www.unodc.org>. Vgl. *Flynn v. Holder*, 684 F.3d 852 (U.S. CA 9th circ. 2012), geciteerd en gevolgd door *Richards v. Holder*, 2014 WL 2805280 (US Distr. C. Mass.).

⁸¹⁵ Y. SHIMAZONO, o.c., *Bull. World Health Organ.* 2007, (955) 958-959; M.K. FALLAHZADEH *et al.*, o.c., *Am. J. Transpl.* 2013, vol. 13, (3210) 3211 en 3213; A. CAPLAN *et al.*, *Trafficking in organs*, Joint Council of Europe/United Nations study, 2009, www.coe.int, 55 en 62-63; OSCE, *Trafficking in Human Beings for the Purpose of Organ Removal in the OSCE Region*, Occasional Paper Series no. 6 (2013), www.osce.org, 28-29; NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS, *Human bodies*, 2011, 143-144; Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2010-2011, nr. 53-1202/1, 3; C. TROUET, *Van lichaam naar lichaamsmateriaal*, 2003, 50.

⁸¹⁶ G.J. BANKS, o.c., *Am. J.L. & Med.* 1995, (45) 61, 63 en 77; F. BILGEL, *The law and economics of organ procurement*, 2011, 45; A. CAPLAN *et al.*, *Trafficking in organs*, Joint Council of Europe/United Nations study, 2009, www.coe.int, 32.

⁸¹⁷ Vgl. N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nr. 499-500 en 503; B.C. VAN BEERS, *Persoon en lichaam in het recht*, 2009, 547. Zie ook: J. SÁNDOR *et al.*, "Organ Trafficking, Organ Trade. Recommendations for a More Nuanced Legal Policy" in F. AMBAGTSHEER en W. WEIMAR (eds.), *The EULOD Project. Living Organ Donation in Europe. Results and Recommendations*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2013, (147) 160-161, waar werd gesteld dat een verbod op orgaanhandel wegens de grote vraag naar organen juist de ondergrondse zwarte markt zal aanzwengelen, met een hogere victimisatie tot gevolg.

⁸¹⁸ E. NORDIN, o.c., *TPR* 2010, (93) 144-145 en 146; T.D. SCHIANO en R. RHODES, o.c. in D. BOTTERILL *et al.*, *Medical Tourism and Transnational Health Care*, 2013, (113) 127.

⁸¹⁹ Zie uitvoerig *infra* Deel V, Hoofdstuk I, Afd. 3.

b. De gezondheid van de ontvanger

1) Orgaankwaliteit en -veiligheid

173. De Europese regelgevende bevoegdheid is in principe beperkt tot kwaliteits- en veiligheidskwestie (art. 168, lid 4, a VWEU). Overeenkomstig artikel 168, lid 7 *in fine* VWEU mag de Europese Unie geen afbreuk doen aan de nationale voorschriften inzake donatie en geneeskundig gebruik van organen. Dit heeft in principe betrekking op alle voorwaarden voor orgaandonatie, inclusief de kwestie van (non-)commercialiteit. *Prima facie* lijkt dus artikel 13 Richtlijn 2010/53/EU, dat een commercialiteitsverbod oplegt en de basis vormt voor artikel 4 Orgaantransplantatiewet, een bevoegdheidsovertreding te zijn.⁸²⁰

Toch kan hier niet zo eenvoudig tot bevoegdheidsoverschrijding besloten worden. Allereerst zit het principe van non-commercialiteit vervat in het fundamentele en bindende artikel 3, lid 2, c) HGEU, zodat artikel 13 Richtlijn 2010/53/EU hieruit enigszins juridische steun kan putten.⁸²¹ Vervolgens kan er een link worden gelegd tussen enerzijds non-commercialiteit en anderzijds de kwaliteit en veiligheid van organen zoals bedoeld in artikel 168, lid 4, a VWEU.⁸²² Zo verduidelijkt considerans 19 Richtlijn 2010/53/EU dat het verbeteren van de levenskwaliteit of het redden van een mensenleven bij donatie gericht op financieel gewin niet meer de voornaamste en/of enige doelstelling is. Wegens het winst oogmerk zouden donoren of hun familie mogelijk bepaalde informatie gaan achterhouden, wat een veiligheidsrisico voor de potentiële ontvanger inhoudt. Orgaantransplantatie gaat immers gepaard met donorgereleerde risico's zoals ziekteoverdracht of transplantatiefalen ten gevolge van bv. de ouderdom of comorbiditeiten bij de donor.⁸²³ Door onderzoeken en testen kunnen deze risico's wel worden inperkt, maar nog niet geheel worden uitgesloten. Zo bestaat er bij sommige ziekten immers een periode waarin de ziekte niet kan worden gedetecteerd via testen (de zgn. *window period*, die een week tot wel drie maanden kan duren).⁸²⁴ Daarom vertrouwt men op het ondervragen van de potentiële donor of zijn familie. Bij orgaanhandel bestaat dan het risico dat de ondervraagden bepaalde risicofactoren gaan verzwijgen om geen winst mis te lopen, terwijl hiertoe geen prikkel zou bestaan bij altruïstische donatie.⁸²⁵ Wegens dit

⁸²⁰ Zie ook: Statement of the Netherlands, Explanation of the vote on the Directive of the European Parliament and of the Council on standards of quality and safety of human organs intended for transplantation, <http://register.consilium.europa.eu>, hoewel Nederland deze bevoegdheidsoverschrijding toch aanvaardde wegens het belang van het tot stand brengen van Europese regels, maar hierbij geen precedent wenste te scheppen; A.-C. SQUIFFLET, "L'action de l'Union européenne en matière de prélèvement et de transplantation d'organes: commentaires à propos du plan d'action 2009-2015 et de la directive du 7 juillet 2010", *T. Gez.* 2010-11, (382) 396, die opmerkt dat dit het gewicht en de legitimiteit van dit EU-initiatief enigszins aantast; CPME Statement concerning the Communication from the European Commission "Organ Donation and Transplantation: Policy Actions at EU Level" (COM(2007) 275 final), www.cpme.eu, 3; National Expert Meeting on Organ Donation and Transplantation at Community Level: Working Group on Quality and Safety – Summary Report, 23 oktober 2007, Brussel, http://ec.europa.eu/health/blood_tissues_organ_donation, 13.

⁸²¹ In die zin: A.-M. FARRELL, "Adding Value? EU Governance of Organ Donation and Transplantation", *EJHL* 2010, (51) 72; Considerans 19 Richtlijn 2010/53/EU, waar ook naar het EVRM-Bio en de *guiding principles* van de WHO wordt verwezen. Zie echter: L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe: possibilities of harmonisation*, Heidelberg, Springer, 2013, 244.

⁸²² L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 212.

⁸²³ Zie uitvoerig *infra* Deel VI, Hoofdstuk II over de aansprakelijkheidsrechtelijke aspecten.

⁸²⁴ M.L. VOLK, "Organ Quality as a Complicating Factor in Proposed Systems of Inducements for Organ Donation", *Law & Contemp. Probs.* 2014, (337) 340.

⁸²⁵ H.D.C. ROSCAM ABBING, "Human tissue and consumer protection from a European perspective", *EJHL* 1995, (295) 298-299; Advies nr. 11 van 20 december 1999 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, <http://www.health.belgium.be>, 13 en 15; GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 142; H. AKVELD en M. BUIJSEN, *Een juridische verkenning inzake alternatieve beslissingsystemen rondom orgaandonatie en inzake financiële incentives*, 2008, www.rijksoverheid.nl, 14; OSCE, *Trafficking in Human Beings for the Purpose of Organ Removal in the OSCE Region*, Occasional Paper Series no. 6 (2013), www.osce.org, 28-29; M.L. VOLK, *o.c.*, *Law & Contemp. Probs.* 2014, (337) 341; N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nr. 327; S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 226-228 en 232.; *Flynn v. Holder*, 684 F.3d 852 (U.S. CA 9th circ. 2012), geciteerd en gevolgd door *Richards v. Holder*, 2014 WL 2805280 (US Distr. C. Mass.).

kwaliteits- en veiligheidsrisico zouden orgaanverkoopsovereenkomsten in strijd met de openbare orde of de goede zeden kunnen worden geacht.

174. Weliswaar dreigt het huidige commercialiteitsverbod sommige kandidaat-ontvangers aan te zetten tot commercieel transplantatietoerisme naar landen waar orgaantransplantatie in onveilige omstandigheden wordt uitgevoerd.⁸²⁶ Door de orgaanhandel te legaliseren en hem een plaats te geven binnen het eigen, hoogstaande gezondheidszorgsysteem lijken veiligheidsrisico's te kunnen worden vermeden.⁸²⁷ Daarbij mag het probleem van ontoereikende testen niet overschat worden. In hoogstaande gezondheidszorgsystemen zoals het Belgische zijn er hoe dan ook testen beschikbaar waardoor het kwaliteits- en veiligheidsrisico toch in belangrijke mate kan worden ingeperkt.⁸²⁸

Niettemin lijkt een gereguleerde orgaanmarkt vooralsnog steeds te zullen worstelen met de kwaliteits- en veiligheidsproblematiek. Strengere kwaliteitscontroles zouden immers het nadeel van grotere kosten in termen van personeel en testapparatuur meebrengen.⁸²⁹ Gevoeligere testen leveren bovendien vaak meer valse positieve resultaten op, wat tot verspilling van perfect bruikbare organen dreigt te leiden.⁸³⁰ Men zou levende donoren gedurende de *window period* in quarantaine kunnen plaatsen, maar dit zal niet steeds praktisch haalbaar zijn⁸³¹ en wellicht ook niet steeds gewenst zijn door de donor. Desnoods zou men de betaling van de orgaanverkoper afhankelijk kunnen maken van de kwaliteit en veiligheid van de orgaantransplantatie, maar de onzekerheid zal de orgaanverkoop voor de donor wederom minder aantrekkelijk maken.⁸³² Bijgevolg vormt het kwaliteits- en veiligheidsrisico m.i. voorlopig een niet te overschatten, doch relevant bezwaar tegen orgaanhandel. Nieuwe betrouwbare en betaalbare testen zouden hier verandering in kunnen brengen. Tot dan zal het kwaliteits- en veiligheidsbezwaar moet worden afgewogen tegenover het eventuele voordeel van orgaanhandel, nl. een groter orgaanaanbod.⁸³³ Met deze gedachte kan naadloos naar het laatste twistpunt worden overgegaan.

2) *Orgaankwantiteit*

175. De voornaamste reden waarom een (gereguleerde) orgaanmarkt wordt verdedigd is de verwachting dat de financiële prikkels donatiebereidheid zullen opwekken bij potentiële donoren die anders niet zouden doneren, en zodoende een hoger orgaanaanbod zullen opleveren.⁸³⁴ In Iran zou de gereguleerde markt de wachtlijsten voor niertransplantatie

⁸²⁶ Zie: T.D. SCHIANO en R. RHODES, o.c. in D. BOTTERILL *et al.*, *Medical Tourism and Transnational Health Care*, 2013, (113) 119 en 124.

⁸²⁷ Vgl. D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 401.

⁸²⁸ Vgl. E. NORDIN, o.c., *TPR* 2010, (93)145-146; NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS, *Human bodies*, 2011, 142 en 165-166; N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nr. 487-480 en 481, die er ook op wijst dat overleden donoren vaak al enige tijd in de gecontroleerde omgeving van een ziekenhuis zullen liggen.

⁸²⁹ S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 226-228.

⁸³⁰ Vgl. M.M.L. VOLK, o.c., *Law & Contemp. Probs.* 2014, (337) 340.

⁸³¹ Vgl. N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nr. 477-480.

⁸³² Vgl. M.L. VOLK, o.c., *Law & Contemp. Probs.* 2014, (337) 344.

⁸³³ Vgl. N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nr. 461.

⁸³⁴ Zie o.a.: X. DIJON, o.c., *JT* 2006, (501) 503; Advies nr. 43 van 10 december 2007 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 20 en 22; T. VANSWEEVELT, "Organen, weefsels en eicellen mogen een prijs hebben", *De Morgen* 14 februari 2008; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 384-385; E. NORDIN, o.c., *TPR* 2010, (93) 138, 140 en 148-149; A.J. MATAS, o.c. in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J.V. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2011, (81) 84; N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nr. 486; S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 230-231.

zelfs al volledig hebben weggewerkt.⁸³⁵ Dit effect zou een zeer sterk argument *pro* de geoorlooftheid van orgaanverkoopsovereenkomsten zijn en zou tegemoetkomen aan de wil van de wetgever om het orgaantekort op te lossen.⁸³⁶

Weliswaar wordt het Iraanse succes betwist en wordt gesteld dat er nog steeds nierwachtlijsten bestaan.⁸³⁷ Critici stellen verder dat orgaanhandel eerder een negatieve reactie bij het publiek zou opwekken en daardoor het aantal donoren zou doen afnemen (het zgn. *crowding out* effect).⁸³⁸ Zo verdween altruïstische familiedonatie bijna volledig in het Iraanse systeem.⁸³⁹ Betaalde donoren dreigen dan weer te worden afgeschrikt door het sociaal stigma dat aan orgaanverkoop kleeft.⁸⁴⁰ Ook ten aanzien van de naasten van overleden donoren zouden financiële prikkels door dit sociaal stigma een averechts effect kunnen hebben, wat in Iran reeds het geval zou zijn.⁸⁴¹ Financiële prikkels om zichzelf te registreren als overleden donor bij leven lijken dan weer inefficiënt, aangezien men zijn toestemming nadien zou kunnen intrekken⁸⁴² en men in België toch al geacht wordt toe te stemmen tot orgaanwegname *post mortem*, behoudens verzet (art. 10, § 1, lid 1 Orgaantransplantatiewet)⁸⁴³. Bovendien stemt een meerderheid nu reeds zonder financiële prikkels toe tot orgaanwegname na overlijden,⁸⁴⁴ zodat er met een marktsysteem wellicht niet zoveel bijkomende donoren te winnen valt. Bijgevolg moet m.i. worden besloten dat er voorlopig onvoldoende bewijs voorligt om aan te nemen dat een (gereguleerde) orgaanmarkt tot een substantieel hoger orgaanaanbod zal leiden.⁸⁴⁵ De negatieve publieke reacties zouden eventueel beperkt kunnen worden door het aanvullen van het monopsonistische inkoop- en allocatiesysteem met sensibilisering, maar dit zou niet evident zijn.⁸⁴⁶

§ 3. VOORSTEL TOT AANHOUDENDE REFLECTIE

176. De voorgaande analyse toont aan dat het non-commercialiteitsprincipe toch niet zo evident is als op het eerste gezicht lijkt. Het is allereerst opvallend dat de oorspronkelijke verantwoording van de Belgische wetgever voor het commercialiteitsverbod (‘het menselijk

⁸³⁵ A.J. GHODS, o.c. in R.W.G. GRUENNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, 2008, (75) 75-76; A. CAPLAN *et al.*, *Trafficking in organs*, Joint Council of Europe/United Nations study, 2009, www.coe.int, 31.

⁸³⁶ Cf. *supra* Deel II, Hoofdstuk I, Afd. 1, § 1 inzake de algemene *ratio legis* van de Orgaantransplantatiewet.

⁸³⁷ J. ZARGOOSHI, o.c. in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2008, (80) 86; H. ZARIF, “Distributive Injustice and Organ Transplant Waitlists”, *Hastings Sci. & Tech. L.J.* 2015, (75) 94.

⁸³⁸ Cf. A. CAPLAN *et al.*, *Trafficking in organs*, Joint Council of Europe/United Nations study, 2009, www.coe.int, 63-64; A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, 1999, 188; advies nr. 11 van 20 december 1999 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, <http://www.health.belgium.be>, 14; GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 142; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 415; F. BILGEL, *The law and economics of organ procurement*, 2011, 36-40; BMA, *Building on Progress*, 2012, www.bma.org.uk/ethics, 60. Aanbeveling Rec(2004)7 van 19 mei 2004 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa aan de lidstaten over orgaanhandel, <http://www.coe.int>; Resolutie van het Europees Parlement van 22 april 2008 over orgaandonatie en –transplantatie: beleidsmaatregelen op EU-niveau (2007/2210(INI)), *Pb. C.* 29 oktober 2009, afl. 259, E/2; Council conclusions on organ donation and transplantation, *Pb. C.* 21 december 2012, afl. 396, nr. 5.

⁸³⁹ J. ZARGOOSHI, o.c. in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2008, (80) 87-89 en 90. Zie daarentegen: N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nr. 483, die meent dat dit type donoren niet zomaar zal verdwijnen, gelet op hun affectie ten aanzien van de ontvanger.

⁸⁴⁰ N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nrs. 458, 463-464 en 513-515.

⁸⁴¹ J. ZARGOOSHI, o.c. in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2008, (80) 87-89 en 90; E. NORDIN, o.c., *TPR* 2010, (93) 169; N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nrs. 121, 487, 508 en 511-512.

⁸⁴² Cf. N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nrs. 123 en 509.

⁸⁴³ E. NORDIN, o.c., *TPR* 2010, (93) 171; N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nr. 121. Zie *infra* Deel VI, Hoofdstuk IV uitvoerig over het toestemmingsvermoeden.

⁸⁴⁴ Zie *infra* Deel VI, Hoofdstuk III, Afd. 1, § 1, A.2. en Hoofdstuk IV, Afd. 2, § 2, A.

⁸⁴⁵ Vgl. D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 417.

⁸⁴⁶ Vgl. N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nrs. 506, 514-515, 565-568, 571, 959 en 1040, die stelt dat dit een zeer grote sociale ommezwaai zou vereisen.

lichaam is buiten de handel') bij nader inzien helemaal geen hout snijdt. Daarnaast is gebleken dat vele klassieke juridisch-ethische argumenten tegen orgaanhandel (gebrek aan vrije toestemming, schending van de menselijke waardigheid, sociale ongelijkheid en bescherming van de donorgezondheid) niet zo sterk zijn. Vaak lijken deze bezwaren te zijn gebaseerd op een instinctieve emotionele afkeer van de huidige zwarte orgaanmarkten en de uitbuiting die hiermee gepaard kan gaan.⁸⁴⁷ Het is echter noodzakelijk om eerst de feiten te onderscheiden van onrustwekkende maar ongefundeerde mythes (bv. ontvoering en vermoorden van kinderen om hun organen te verkopen)⁸⁴⁸ en om vervolgens het commercialiteitsdebat met de nodige sereniteit en nuancering te voeren.⁸⁴⁹ Zodoende zal kunnen worden geconcludeerd dat enerzijds een volledige vrije orgaanmarkt teveel nadelen meebrengt,⁸⁵⁰ maar anderzijds deze nadelen grotendeels kunnen worden opgevangen in een gereguleerde markt.

De bezwaren in verband met de gezondheid van de orgaanontvanger zijn evenwel moeilijker te weerleggen. Enerzijds zal orgaanhandel wegens het gebrek aan onfeilbare karakteriseringsmethoden tot een groter kwaliteits- en veiligheidsrisico voor de ontvanger kunnen leiden. Dit bezwaar is volgens de Europese regelgever de voornaamste rechtvaardiging voor het commercialiteitsverbod in artikel 13 Richtlijn 2010/53/EU, dat op haar beurt de basis vormt voor huidig artikel 4 Orgaantransplantatiewet. Anderzijds is het wegens het grote risico op negatieve publieke reacties niet zeker of (gereguleerde) orgaanhandel tot een hoger orgaanaanbod zal leiden. Het is dus niet duidelijk of dit eventuele voordeel zal opwegen tegen het kwaliteits- en veiligheidsrisico. Daarom is grote voorzichtigheid geboden.⁸⁵¹ Het lijkt dan ook wenselijker om eerst minder controversiële oplossingen voor het orgaantekort uit te putten.⁸⁵² Aldus moet m.i. worden besloten dat het commercialiteitsverbod *voorlopig* best behouden kan blijven.

Het debat mag hiermee echter niet definitief worden afgesloten. Een aanhoudende reflectie blijft nodig, gelet op de potentiële orgaanvermeerderende effecten van gereguleerde orgaanhandel. Zo zou de ontwikkeling van betere testen en/of het (doen) ontstaan van een positieve publieke houding alsnog de weegschaal in het voordeel van een gereguleerde commercialiteit kunnen doen doorslaan.⁸⁵³

Afdeling 2. Handhaving van het non-commercialiteitsprincipe

177. Aangezien het non-commercialiteitsprincipe, zoals gezegd, de volksgezondheid aanbelangt, zullen de private handhavingsmechanismen uit het burgerlijk recht niet volstaan. De handhaving van het non-commercialiteitsprincipe in België gebeurt dan ook, zoals in de meeste landen,⁸⁵⁴ door middel van een aantal strafrechtelijk gesanctioneerde verbodsbepalingen. Het gaat met name om een verbod op orgaanhandel uitgewerkt in artikel 4

⁸⁴⁷ Zie ook: N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nr. 445.

⁸⁴⁸ D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 402-404; A. CAPLAN *et al.*, *Trafficking in organs*, Joint Council of Europe/United Nations study, 2009, www.coe.int, 60-61.

⁸⁴⁹ Vgl. ook: T. VANSWEEVELT, "Organen, weefsels en eicellen mogen een prijs hebben", *De Morgen* 14 februari 2008; N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nr. 318.

⁸⁵⁰ Zie ook: Advies nr. 43 van 10 december 2007 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 45; N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nrs. 565-568, 571 en 1040.

⁸⁵¹ Zie ook: Advies nr. 43 van 10 december 2007 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 42; NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS, *Human bodies*, 2011, 146-147, 153 en 173-174 ("precautionary thinking").

⁸⁵² G.J. BANKS, o.c., *Am. J.L. & Med.* 1995, (45) 94, waar werd verwezen naar educatie en *presumed consent*; N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nrs. 565-568, 571 en 1040.

⁸⁵³ Vgl. ook D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 479 en 481.

⁸⁵⁴ Bv. Frankrijk: art. 511-2 Code pénal. Nederland: art. 32 WOD. Engeland: sec. 32(4) en (5) HTA 2004. Verenigde Staten: 42 USC § 274e(b). Zie ook: art. 4 t.e.m. 14 Europees Verdrag Orgaanhandel.

Orgaantransplantatiewet (§ 1), het verbod op mensenhandel met het oog op orgaanwegneming uit artikel 433*quinquies*, § 1, 4° Sw. (§ 2) en het anonimiteitsgebod uit artikel 4*bis* Orgaantransplantatiewet (§ 3). Hierna zal de draagwijdte van elk van deze verbodsbepalingen worden onderzocht om na te gaan in hoeverre ze geschikt zijn om commercialiteit in al haar verschijningsvormen te kunnen terugdringen (§ 4).

§ 1. HET VERBOD OP ORGAANHANDEL

178. Oorspronkelijk bepaalde artikel 4 Orgaantransplantatiewet dat de afstand van organen, ongeacht de partijen tussen welke hij plaatsheeft, niet met winstoogmerk mocht geschieden, alsook dat de donor noch zijn naastbestaanden enig recht lastens de ontvanger konden doen gelden. Deze bepaling werd wel eens beschouwd als één van de grondbeginselen van de Orgaantransplantatiewet.⁸⁵⁵ Met de wet van 3 juli 2012 werden de bewoordingen van artikel 4 weliswaar aanzienlijk gewijzigd naar het evenbeeld van artikel 13 Richtlijn 2010/53/EU. De wetgever beschouwde het grotendeels als een loutere ‘herformulering’.⁸⁵⁶ Niettemin is artikel 4 Orgaantransplantatiewet complexer geworden. Zo bevat het thans een verbod op orgaanhandel bestaande uit een verbod op betaalde donatie (*infra* A), een verbod op orgaanwegneming met winstoogmerk (*infra* B) en een publiciteitsverbod (*infra* C).

A. Het verbod op betaalde donatie

179. Overeenkomstig huidig artikel 4, § 1, lid 1 Orgaantransplantatiewet moeten donaties van organen van levende en overleden donoren vrijwillig en onbetaald zijn.⁸⁵⁷ Artikel 4, § 1, lid 2 voegt daaraan toe dat noch de donor, noch zijn naasten enig recht mogen doen gelden ten aanzien van de ontvanger. Overtreding van deze regels is een wanbedrijf dat kan worden gestraft met een gevangenisstraf van drie maanden tot een jaar en/of met een geldboete van 1.000 tot 10.000 euro.⁸⁵⁸

1. Bestrafning aan de donorzijde

a. Donatie

180. Artikel 4, § 1, lid 1 viseert de bestrafning van “*donaties van organen van levende en overleden donoren*”. Zoals eerder verdedigd, moet onder ‘donatie’ de toestemming tot orgaanwegneming (bij leven of na overlijden) begrepen worden.⁸⁵⁹ De bestrafning op basis van artikel 4, § 1 is dus gericht op degene die tot de orgaanwegneming in kwestie kan toestemmen, nl. de donor.⁸⁶⁰ Met betrekking tot overleden donoren zullen soms de naasten als vertegenwoordigers van de overledene toestemming kunnen geven.⁸⁶¹ Ook zij kunnen op basis van artikel 4, § 1 gestraft worden. Deze interpretatie vindt steun in artikel 4, § 1, lid 2, dat ook de naasten van de donor ieder recht t.a.v. de ontvanger onttrekt.⁸⁶²

⁸⁵⁵ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 2010-11, nr. 5-922/1, 1; Verslag BROTCCHI en TEMMERMAN, *Parl. St.* Senaat 2010-11, nr. 5-666/3, 7.

⁸⁵⁶ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2011-12, nr. 53-2158/1, 23.

⁸⁵⁷ Conform art. 13, lid 1 Richtlijn 2010/53/EU.

⁸⁵⁸ Art. 4 *iuncto* art. 17, § 3, lid 1 Orgaantransplantatiewet.

⁸⁵⁹ Zie *supra* Deel II, Hoofdstuk III, Afd. 2, § 1, A.2.

⁸⁶⁰ S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 221.

⁸⁶¹ Zie uitvoerig *infra* Deel VI, Hoofdstuk II, Afd. 3.

⁸⁶² S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 221-222.

Strikt genomen is het geven van toestemming tot onderzoeken ter evaluatie van de geschiktheid als donor nog geen donatie, zodat het zich laten onderzoeken tegen betaling op zich niet via artikel 4, § 1 bestraft kan worden. Indien hierop echter een donatie volgt, dan zou er wel gesproken kunnen worden van een schending van artikel 4, § 1.

b. Betaling

181. Artikel 4, § 1, lid 1 stelt dat de donatie “*onbetaald*” (*non rémunérés*) moet zijn. Dit sluit orgaanverkoopsovereenkomsten uit.⁸⁶³ De bestraffing zal echter enkel mogelijk zijn indien de betaling zich reeds voltrokken heeft. Tot dan blijft de donatie immers ‘onbetaald’. Indien het slechts om een aanbod tot donatie in ruil voor betaling gaat, dan kan naargelang de omstandigheden desgevallend nog wel gestraft worden op basis van artikel 4, § 3 (het publiciteitsverbod; *cf. infra C*).⁸⁶⁴

Het begrip ‘betaling’ duidt op een overdracht van geld.⁸⁶⁵ In het licht van de *ratio legis* van artikel 4 Orgaantransplantatiewet (en art. 13 Richtlijn 2010/53/EU) is dit echter tegelijk te ruim en te beperkt. Dit wordt hierna uitgebreider besproken.

182. Enerzijds is het criterium van betaling te ruim omdat het iedere overdracht van geld verbiedt, hoe groot of klein het bedrag ook is. De *ratio legis* van artikel 4 is evenwel het voorkomen van prikkels die de donor of zijn naasten ertoe zouden brengen bepaalde kwaliteits- en veiligheidsinformatie te verzwijgen.⁸⁶⁶ Hiervoor volstaat het dat enkel de prikkels die dit effect kunnen hebben, verboden worden. Concreet betekent dit m.i. dat enkel het nastreven van betalingen die ‘winst’ (of ‘voordeel’) oplevert, moeten worden verboden.

Een loutere vergoeding van de kosten die de donor ten gevolge van de orgaanwegname heeft geleden, hoort dus toegelaten te zijn.⁸⁶⁷ Het betreft dan geen winst, maar slechts een louter herstel.⁸⁶⁸ In artikel 4, § 2 werd deze zienswijze ten aanzien van levende donoren uitdrukkelijk bevestigd. Volgens deze paragraaf belet het beginsel van onbetaalde donatie immers niet dat levende donoren een vergoeding ontvangen, mits deze beperkt blijft tot het vergoeden van de rechtstreekse en onrechtstreekse kosten en inkomstenderving die met de donatie verband houden. De Koning kan dit nader uitwerken en moet er daarbij over waken dat er geen financiële stimuli of andere voordelen worden verstrekt. De toelaatbaarheid van

⁸⁶³ Zie immers art. 1582 BW: “*Koop is een overeenkomst waarbij de ene partij zich verbindt om een zaak te leveren, en de andere om daarvoor een prijs te betalen*” (eigen onderlijning).

⁸⁶⁴ De overtreding van artikel 4, § 1 is, zoals gezegd, een wanbedrijf. Overeenkomstig art. 53 Sw. is de poging tot wanbedrijven slechts strafbaar indien dit specifiek bij wet werd bepaald. De Orgaantransplantatiewet noch enige andere wet stelt de poging tot overtreding van artikel 4, § 1 strafbaar, zodat het louter aanbod tot donatie tegen betaling geen strafbare poging in het licht van artikel 4, § 1 kan uitmaken. De term ‘afstand van organen’ in het vroegere artikel 4, § 1 leek daarentegen wel voldoende ruim om ook een aanbieden tot donatie tegen betaling te omvatten (*cf. Memorie van toelichting, Parl. St. Senaat 1984-1985, nr. 832-1, 12*).

⁸⁶⁵ Dikke Van Dale, tw. Betaling.

⁸⁶⁶ Considerans 19 Richtlijn 2010/53/EU. Zie reeds *supra* Afd. 1, § 2, C.3.b. van dit Hoofdstuk.

⁸⁶⁷ Zie ook: D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 405, die stelt dat een onkostenvergoeding veeleer de wegneming van een *disincentive* in plaats van een *incentive* is, aangezien de donor normaal sowieso al een zekere predispositie heeft om te doneren; N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nrs. 345, 466-467 en 968-970, die eveneens stelt dat de onkostenvergoeding de donor niet zozeer zal overtuigen, maar veeleer een ontradingsfactor zal wegnemen.

⁸⁶⁸ N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nr. 359.

dergelijke onkostenvergoeding geniet ruime steun.⁸⁶⁹ De concrete vergoedingsmogelijkheden zullen uitvoerig worden behandeld in Deel IV.⁸⁷⁰

Volgens de *ratio legis* hoort ook de schadevergoeding ten gevolge van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de arts toegelaten te zijn.⁸⁷¹ Ook dan is er immers geen sprake van winst, maar slechts van herstel. Er moet worden gesteld dat een schadevergoeding ten gevolge van orgaanwegneming pas na de donatie zal worden betaald en dus geen prikkel om te doneren zal zijn.⁸⁷² De schadevergoeding is dan in feite geen betaling voor de donatie op zich, zodat ze niet op basis van artikel 4, § 1 Orgaantransplantatiewet kan worden bestraft.

183. Anderzijds is het verbod op betaling te beperkt omdat het op zich strikt genomen geen betrekking heeft op het verschaffen van andere voordelen dan geld (bv. werknemer die aan zijn werkgever doneert in ruil voor promotie⁸⁷³). Toch kan niet zomaar worden aanvaard dat alle niet-geldelijke voordelen geoorloofd zijn. Net zoals geld kunnen ook andere voordelen de donor of zijn naasten ertoe brengen om bepaalde kwaliteits- en veiligheidsinformatie te verzwijgen. Het verschaffen van dergelijke voordelen is dan evengoed in strijd met de *ratio legis* van artikel 4. Er moet dan ook een verbod op het verschaffen van zowel geldelijke, als niet-geldelijke voordelen worden gelezen in artikel 4, § 1, lid 2.⁸⁷⁴ Deze bepaling verbiedt “*enig recht*” ten aanzien van de ontvanger, wat niet beperkt is tot geldelijke vorderingen. Bovendien stelt ook artikel 4, § 2, lid 2 dat zowel financiële stimuli, als andere voordelen (*pas une incitation financière ou un bénéfice*) vermeden moeten worden. Specifiek ten aanzien van levende donoren volgt voorts uit artikel 9, lid 3 Orgaantransplantatiewet dat de toestemming van de donor een ‘altruïstisch’ karakter moet hebben. Deze term is ruim genoeg om ook niet-geldelijke voordelen uit te sluiten.⁸⁷⁵ Het zou tot slot onlogisch zijn dat artikel 4, § 1 zich beperkt tot een verbod op doneren in ruil voor geldelijke voordelen, terwijl artikel 4, § 3 wél het onder de aandacht brengen van de behoefte aan/beschikbaarheid van organen met het oog op “*financiële of vergelijkbare voordelen*” (eigen onderlijning) verbiedt.

⁸⁶⁹ EU: art. 13, lid 2 Richtlijn 2010/53/EU. Raad van Europa: art. 9, appendix bij Resolutie (78) 29; Memorie van toelichting EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 132; art. 21, lid 1, eerste streepje Transplantatieprotocol EVRM-Bio; art. 4, lid 3 Europees Verdrag Orgaanhandel; Aanbeveling Rec(2004)7 van 19 mei 2004 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa aan de lidstaten over orgaanhandel, <http://www.coe.int>, appendix art. 3; Aanbevelingen 8 en 9 in Resolution CM/Res(2008)4 on adult-to-adult living donor liver transplantation, <http://www.coe.int>; Resolution CM/Res(2013)56 on the development and optimisation of live kidney donation programmes, <http://www.coe.int>. WHO: Guiding Principle 5, WHO Guiding Principles on Human Cell, Tissue and Organ Transplantation (2010), <http://www.who.int>. Verklaring van Istanbul: voorstellen 6 en 7. Engeland: sec. 32(7) HTA 2004; A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, 1999, 205. Frankrijk: art. L.1211-4, lid 2 en art. R.1211-6 t.e.m. 8 CSP. Nederland: art. 2, art. 7 en art. 32, lid 2, a en b WOD. Verenigde Staten: 42 U.S.C. §274e(c)(2); M. ABECASSIS *et al.*, o.c., *JAMA* 2000, vol. 284, (2919) 2924; Opinion 2.15 – Transplantation of Organs from Living Donors, AMA Code of Medical Ethics, <http://www.ama-assn.org>; S. WIECKERT, S. BECHER en H.W. SOLLINGER, “Incentives in Western countries: the Wisconsin model” in R.W.G. GRUESSNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, New York, McGraw-Hill Medical, 2008, 73-75.

⁸⁷⁰ Zie *infra* Deel IV, Hoofdstuk IV, Afd. 1, § 2, C.

⁸⁷¹ Advies van de Raad van State, *Parl. St. Kamer* 1980-81, nr. 774-1, 14; Verslag HANQUET, *Parl. St. Senaat* 1984-85, nr. 832-2, 12; I. BOONE, o.c., *TPR* 1996, (91) 101; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Brussel, Larcier, 2010, 733. Vgl. ook: Aanbeveling Rec(2004)7 van 19 mei 2004 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa aan de lidstaten over orgaanhandel, <http://www.coe.int>, appendix art. 3; art. 24 EVRM-Bio; art. 21, lid 2, laatste streepje en art. 25 Transplantatieprotocol EVRM-Bio; art. 4, lid 3 *in fine* Europees Verdrag Orgaanhandel.

⁸⁷² S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 218.

⁸⁷³ W. DIJKHOFFZ, CHRISTELIJKE MUTUALITEIT en SOCIALISTISCHE MUTUALITEITEN, *Je rechten als patiënt*, Berchem, EPO, 2008, 144.

⁸⁷⁴ Vgl. Engeland: sec. 32(11) HTA 2004 (*‘financial or other material advantage’*). Verenigde Staten: 42 USC § 274e(a) (*‘valuable consideration’*). Zie ook: Memorie van toelichting bij het wetsvoorstel van 10 februari 2011 betreffende het strafbaarstellen van commerciële orgaanhandel en orgaantoerisme, *Parl. St. Kamer* 2010-2011, nr. 53-1202/1, 4 (*‘vergoeding’*, d.i. niet enkel monetair, maar ook voordelen in natura).

⁸⁷⁵ Zie uitvoeriger *infra* Deel IV, Hoofdstuk III, Afd. 4.

Wat met betalingen en andere in geld waardeerbare voordelen (bv. een geschenk, een etentje, een vakantiereis) die de loutere (schade)vergoeding overstijgen, maar slechts bedoeld zijn als een blijk van waardering? Gelet op de *ratio legis* van artikel 4 kunnen dergelijke voordelen m.i. geoorloofd zijn voor zover ze op zich de donor er niet toe aangezet hebben om te doneren.⁸⁷⁶ In dat geval zal er immers in principe geen verhoogd kwaliteits- en veiligheidsrisico voor de ontvanger zijn. De blijk van waardering betreft dan slechts een cultureel ingebedde wederkerigheid die geen uitstaan heeft met een koop- of ruilvereenkomst.⁸⁷⁷ Juridisch-technisch kan dan worden gesteld dat de betaling of verstrekking van het voordeel strikt genomen losstaat van de donatie, want ze niet heeft veroorzaakt. Het is niettemin wenselijk om de geoorloofdheid van loutere waarderingsvoordelen duidelijker in de wettekst te bevestigen. Het zal hoe dan ook niet steeds eenvoudig zijn om een geoorloofde blijk van waardering te onderscheiden van ongeoorloofde winst of voordelen.⁸⁷⁸ Een belangrijke beoordelingsparameter daarbij is het moment waarop het voordeel wordt aangeboden. Zo zal er veeleer sprake zijn van een geoorloofd waarderingsvoordeel indien dit pas na de orgaantransplantatie werd aangeboden.⁸⁷⁹ Het voordeel kon dan immers geen invloed hebben op de donatiebeslissing. Ook de omvang van het voordeel kan relevant zijn: beperkte voordelen neigen veeleer naar een loutere blijk van waardering.⁸⁸⁰ Ze lijken dan onvoldoende hoog te zijn om werkelijk een determinerende invloed op de donatiebeslissing te hebben uitgeoefend. Ten slotte kan ook de aard van het voordeel van belang zijn: een voordeel dat getuigt van een persoonlijke affectiviteit (bv. etentje of vakantie samen met de ontvanger), neigt eerder naar een loutere waardering. De affectiviteit zal dan wellicht de determinerende reden van de donatiebeslissing zijn geweest.

184. Uit het voorgaande blijkt dat de term ‘onbetaald’ niet goed is afgestemd op het doel van de wet. Hij moet dan ook vervangen worden door een pertinentere term. Er zijn m.i. twee alternatieven. Ofwel moet gesproken worden van een verbod op ‘winstoogmerk’ of ‘voordeelsoogmerk’ (negatieve formulering).⁸⁸¹ Ofwel moet gesproken worden van een verplichting tot ‘altruïstische’ donatie (positieve formulering), zoals dat al voor levende donoren geldt.⁸⁸² Dat de term ‘onbetaald’ is opgelegd door artikel 13 Richtlijn 2010/53/EU vormt m.i. geen bezwaar tegen dergelijke wetswijziging. Een Europese richtlijn moet immers niet steeds letterlijk worden overgenomen; het volstaat dat de nationale regeling overeenstemt met het beoogde resultaat van de richtlijn.⁸⁸³

⁸⁷⁶ Zie ook: N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nrs. 143, 180, 352 en 359; GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 115-116. Zie echter: commentaar bij Guiding Principle 5, WHO Guiding Principles on Human Cell, Tissue and Organ Transplantation (2010), <http://www.who.int>, waar tekens van waardering geoorloofd worden geacht tenzij ze in geld waardeerbaar zijn. Het valt niet in te zien waarom de geldelijke waardeerbaarheid op zich de blijk van waardering plots ongeoorloofd maakt.

⁸⁷⁷ Vgl. B. DICKENS, “Donation and transplantation of organs and tissues” in A. GRUBB (ed.), *Principles of medical law*, Oxford, Oxford University Press, 2004 (2^{de} ed.), (1025) 1069-1070.

⁸⁷⁸ GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 116, waar dit zelfs onmogelijk werd geacht.

⁸⁷⁹ Cf. N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nr. 143 en 352.

⁸⁸⁰ Cf. N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nrs. 352, 386, 413 en 423; S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 243 (bv. bedankbrief of klein aandenken). Vgl. voor bloeddonatie: R. DIERKENS, *Lichaam en lijk*, 1962, 61; S. PANIS, “Bloed en bloedderivaten” in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume I*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (973) 994, waar kleine geschenken zoals t-shirts en verfrissingen geoorloofd zijn.

⁸⁸¹ Zie reeds oud art. 4, § 1 Orgaantransplantatiewet (verbod op winstoogmerk). Zie ook: art. 9 en 14 appendix bij Resolutie (78) 29 (verbod op winst); art. 4, lid 1, b en c Europees Verdrag Orgaanhandel (verbod op *financial gain or comparable advantage*).

⁸⁸² Zie ook al: Considerans 19 Richtlijn 2010/53/EU; Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité over het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake kwaliteits- en veiligheidsnormen voor menselijke organen, bestemd voor transplantatie, *Pb. C.* 16 december 2009, afl. 306, I.3. en 3.4.

⁸⁸³ Art. 288, lid 3 VWEU. Vgl. ook: N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nr. 90.

c. Algemeen opzet

185. De vraag rijst of de donor wel gestraft verdient te worden voor een orgaanverkoop indien die hierin de mogelijkheid of zelfs de noodzaak zag om aan zijn moeilijke socio-economische situatie te ontsnappen.⁸⁸⁴ Zonder twijfel kan voor dergelijk oogmerk enig begrip worden opgebracht. Niettemin volstaat voor de bestraffing krachtens artikel 4, § 1 een algemeen opzet. Het volstaat m.a.w. dat de donor (of zijn vertegenwoordiger) weten en willens doneerde tegen betaling, ongeacht de reden. Dit volgt ook uit de *ratio legis*, namelijk het vermijden van kwaliteits- en veiligheidsrisico's voor de ontvanger.⁸⁸⁵

Weliswaar moet dit enigszins genuanceerd worden. Het Openbaar Ministerie zou nog wel met de moeilijke socio-economische situatie van de donor rekening kunnen houden bij het beslissen over de opportuniteit van de strafvervolgning.⁸⁸⁶ Evenzo zou de strafrechter die situatie als een verzachtende omstandigheid kunnen aanvaarden.⁸⁸⁷

d. Terzijde: vrijwilligheid

186. Artikel 4, § 1, lid 1 stelt tot slot nog dat donaties van levende en overleden donoren “vrijwillig” moeten zijn.⁸⁸⁸ Deze voorwaarde is hier wellicht ingegeven door de opvatting dat orgaanverkoop het gevolg zou kunnen zijn van (morele of zelfs fysieke) dwang.⁸⁸⁹ Nochtans is dit vereiste hier niet volledig op zijn plaats. De vrijwilligheid van de donatie moet immers ook los van eventuele commercialiteit worden gewaarborgd. Ten aanzien van levende donoren is dit vereiste zelfs overbodig, aangezien artikel 8, § 1 Orgaantransplantatiewet al bepaalt dat de toestemming tot orgaanwegneming bij leven vrij en bewust moet worden gegeven. Hoe dan ook kan het niet de bedoeling van artikel 4, § 1 zijn om donoren (of hun vertegenwoordigers) te bestraffen omdat ze onvrijwillig hebben toegestemd. Dit zou niet bijdragen tot de *ratio legis*. Dwang zou van hen eerder een slachtoffer maken en hen desgevallend schadevergoeding kunnen opleveren.

2. Bestrafning aan de ontvangerzijde

187. De vraag rijst of nu ook de ontvanger die de donatie betaalt (of de derde die dit voor hem doet) op basis van artikel 4, § 1 bestraft kan worden.

Op basis van een strikte lezing zou de mogelijkheid tot dergelijke bestraffing afgewezen kunnen worden. Deze bepaling vermeldt immers enkel uitdrukkelijk de donatie, zodat enkel de bestraffing van donoren (en hun vertegenwoordigers) bedoeld wordt. Steun hiervoor zou voorts gezocht kunnen worden in artikel 4, § 1, lid 2. Deze paragraaf lijkt de ontvanger immers te willen beschermen tegen aanspraken van de donor en zijn naasten⁸⁹⁰ en dus niet zozeer de ontvanger als dader te viseren. Ten slotte zou nog een ethisch argument kunnen worden

⁸⁸⁴ Vgl. Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 17 september 2011 betreffende de wetsvoorstellen tot wijziging van de wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, www.ordomedic.be.

⁸⁸⁵ Ook in die zin: Verslag BROTHI en TEMMERMAN, *Parl. St.* Senaat 2010-11, nr. 5-666/3, 24. Zie daarentegen inzake art. 6 Wet Menselijk Lichaamsmateriaal: S. PANIS, “Lichaamsmateriaal voor geneeskundige toepassingen op de mens” in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (1215) 1261, waar het bestraffen van het aanvaarden van een voordeel door de donor niet wettelijk wordt geacht ter bescherming van de donor als “zwakkere” partij.

⁸⁸⁶ Cf. art. 28quater, lid 1 Sv.

⁸⁸⁷ Cf. art. 85 en 100 Sw. *iuncto* art. 19 Orgaantransplantatiewet.

⁸⁸⁸ Conform art. 13, lid 1 Richtlijn 2010/53/EU. Zie ook: Guiding principle 5, WHO Guiding principles on Human Cell, Tissue and Organ Transplantation (2010); art. 4, lid 1, a Europees Verdrag Orgaanhandel.

⁸⁸⁹ Zie *supra* Afd. 1, § 2, A van dit Hoofdstuk.

⁸⁹⁰ Vgl. N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nr. 99.

aangehaald. Vaak zal de ontvanger immers het orgaan slechts kopen uit wanhoop om zijn leven te redden, zodat enige terughoudendheid aan de dag moet worden gelegd bij de oplegging van verantwoordelijkheid.⁸⁹¹

Nochtans kan m.i. ook een ruime lezing verdedigd worden, waarbij de ontvanger (of derde) die voor de donatie betaald heeft, wél bestraft kan worden. De vraag naar organen vanwege de ontvangers is immers de oorzaak van de orgaanverkoop, die op zijn beurt een kwaliteits- en veiligheidsrisico meebrengt. Overeenkomstig de *ratio legis* van artikel 4 kan de bestraffing van de koper (*in casu* de ontvanger) dan ook gerechtvaardigd geacht worden.⁸⁹² De tekst van artikel 4, § 1, lid 1 is voldoende ruim geformuleerd om deze bestraffing te omvatten: hij richt zich immers niet zozeer op de betaalde donor, maar op de betaalde donatie, waarbij ook de betaler betrokken zal zijn. Toegegeven, deze ruime lezing staat op gespannen voet met het legaliteitsbeginsel, dat bestraffing enkel toelaat mits een duidelijke, voorzienbare wettekst.⁸⁹³ Daarom is het wenselijk dat de wetgever de wet in voorgestelde zin verduidelijkt.⁸⁹⁴ Hoe dan ook zou de betalende ontvanger nu al wel kunnen worden bestraft als mededader of medeplichtige ten opzichte van de overtreding van artikel 4, § 1 door de donor.⁸⁹⁵ Bij dit alles zou de wanhoop van de ontvanger in rekening kunnen worden gebracht door het Openbaar Ministerie bij de opportuniteitsbeoordeling⁸⁹⁶ betreffende de strafvervolgning of door de strafrechter als verzachtende omstandigheid⁸⁹⁷.

B. Het verbod op orgaanwegneming met winstoogmerk

188. Overeenkomstig artikel 4, § 4 Orgaantransplantatiewet moet vervolgens het wegnemen van organen plaatsvinden zonder winstoogmerk.⁸⁹⁸ Overtreding van deze regel is eveneens een wanbedrijf dat kan worden gestraft met een gevangenisstraf van drie maanden tot een jaar en/of met een geldboete van 1.000 tot 10.000 euro.⁸⁹⁹

1. Wegnemen van organen

189. Artikel 4, § 4 viseert het “wegnemen van organen”. Zoals eerder verdedigd, moet hieronder de fysieke wegneming van het orgaan uit het lichaam van de donor worden begrepen.⁹⁰⁰ Dit kan strikt of ruim worden geïnterpreteerd.

⁸⁹¹ In die zin: A. CAPLAN *et al.*, *Trafficking in organs*, Joint Council of Europe/United Nations study, 2009, www.coe.int, 81-82; Advies van 12 september 2011, *Jaarboek en Verslagen van de Koninklijke Academie voor Geneeskunde van België* 2011, 73; Verslag BROTCCHI en TEMMERMAN, *Parl. St.* Senaat 2010-11, nr. 5-666/3, 16 en 24. Zie ook: F. BILGEL, *The law and economics of organ procurement*, 2011, 112 en 117, die oproept tot voorzichtigheid op dit vlak.

⁸⁹² Zie ook *pro* de bestraffing van de orgaankoper: N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nr. 450; Initiatief van de Helleense Republiek betreffende de aanneming van het kaderbesluit van de Raad betreffende de voorkoming en bestrijding van de handel in menselijke organen en weefsels (2003/C 100/13), *Pb. C.* 26 april 2003, afl. 100, 29; Memorie van toelichting EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 132; Memorie van toelichting Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 113; Verslag BROTCCHI en TEMMERMAN, *Parl. St.* Senaat 2010-11, nr. 5-666/3, 24 en 35-36.

⁸⁹³ Zie *supra* Deel II, Hoofdstuk II, Afd. 1.

⁸⁹⁴ Vgl. Engeland: sec. 32(1) HTA 2004. Nederland: art. 32, lid 2, b WOD. Frankrijk: art. 522-1 Code pénal. Zie ook al: art. 2 Wetsvoorstel van 10 februari 2011 betreffende het strafbaarstellen van commerciële orgaanhandel en orgaantoerisme, *Parl. St.* Kamer 2010-2011, nr. 53-1202/1.

⁸⁹⁵ Cf. art. 66-67 en 100 Sw. *iuncto* art. 19 Orgaantransplantatiewet.

⁸⁹⁶ Cf. art. 28quater, lid 1 Sv.

⁸⁹⁷ Cf. art. 85 en 100 Sw. *iuncto* art. 19 Orgaantransplantatiewet. Zie ook: Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 17 september 2011 betreffende de wetsvoorstellen tot wijziging van de wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, www.ordomedic.be.

⁸⁹⁸ Vgl. art. 13, lid 4 Richtlijn 2010/53/EU.

⁸⁹⁹ Art. 4 *iuncto* art. 17, § 3, lid 1 Orgaantransplantatiewet.

⁹⁰⁰ Zie *supra* Deel II, Hoofdstuk III, Afd. 2, § 1, A.1.

Volgens een strikte interpretatie kan op basis van artikel 4, § 4 enkel de wegnemende arts gestraft worden. De andere leden van het wegnemingsteam, alsook andere tussenpersonen (bv. ziekenhuis of ‘orgaanmakelaars’ van buiten het ziekenhuis) zouden daarbij desgevallend nog wel als mededaders of medeplichtingen kunnen worden bestraft.⁹⁰¹ Daarnaast zouden ze naargelang de omstandigheden ook bestraft kunnen worden via andere bestraffingsgronden, zoals het publiciteitsverbod en het verbod op mensenhandel met het oog op orgaanwegname.⁹⁰²

Volgens een ruime interpretatie kunnen op basis van artikel 4, § 4 ook andere tussenpersonen dan de wegnemende arts rechtstreeks bestraft worden.⁹⁰³ Vóór de wetswijziging in 2012 was dit reeds mogelijk op basis van oud artikel 4, § 1.⁹⁰⁴ Zoals gezegd, lijkt de wetgever met deze wijziging geen inhoudelijke verandering, maar slechts een loutere herformulering te hebben beoogd. Er kan dan worden aangenomen dat krachtens huidig artikel 4, § 4 nu nog steeds alle tussenpersonen bestraft kunnen worden.⁹⁰⁵ Dit sluit bovendien aan bij de bedoeling om kwaliteits- en veiligheidsrisico’s te vermijden. Door winstoogmerk zullen de tussenpersonen betaalde donaties immers gaan orchestreren, wat op zijn beurt de kwaliteits- en veiligheidsrisico’s verhoogt en dus moet worden tegengegaan met bestraffing. De ruime interpretatie is m.i. dan ook de meest wenselijke. De huidige tekst van artikel 4, § 4 biedt alvast ruimte voor deze invulling. Deze bepaling richt zich namelijk niet zozeer op de wegnemende arts, maar wel op het plaatsvinden van het wegnemen van organen, waarbij rechtstreeks en onrechtstreeks ook andere (tussen)personen betrokken kunnen zijn. Maar ook deze ruime lezing van artikel 4 staat op gespannen voet met het legaliteitsbeginsel. Een wettelijke verduidelijking in voorgestelde zin is dus aangewezen.⁹⁰⁶

2. Winstoogmerk

190. Voor een bestraffing op basis van artikel 4, § 4 is een bijzonder opzet vereist, namelijk een “winstoogmerk” (*une base lucrative*). Dergelijk oogmerk is voldoende ruim om niet enkel geld, maar ook andere voordelen te omvatten.⁹⁰⁷ Dit sluit goed aan bij de *ratio legis* van artikel 4, aangezien het zowel geldelijk, als niet-geldelijk winstbejag is dat tot situaties met een verhoogd kwaliteits- en veiligheidsrisico kan leiden.⁹⁰⁸

Winst omvat echter voor alle duidelijkheid niet de vergoedingen voor de geleverde diensten. Er moet m.a.w. worden aangenomen dat artikel 4, § 4 zich niet verzet tegen het vragen van betaling voor de erelonen van de artsen (die tenslotte een kost voor het ziekenhuis zijn)⁹⁰⁹

⁹⁰¹ Cf. art. 66-67 en 100 Sw. *iuncto* art. 19 Orgaantransplantatiewet.

⁹⁰² Zie *infra* C van deze paragraaf en § 2 van deze Afdeling.

⁹⁰³ S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 482. Zie ook: Aanbeveling 1611 (2003) van de Parlementaire vergadering van de Raad van Europa over mensenhandel in Europa, <http://www.coe.int>, nr. 12; Memorie van toelichting EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 132; Memorie van toelichting Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 113; Principe 6 Verklaring van Istanbul; Art. 32, lid 2, a WOD en Memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, 22.358, nr. 3, 7-8 en 48 (Nederland); Sec. 32(1) HTA 2004 (Engeland).

⁹⁰⁴ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 1984-1985, nr. 832/1, 12 en 28; Advies Raad van State, *Parl. St.* Kamer 1980-81, nr. 774/1, 13; advies Raad van State, *Parl. St.* Senaat 1984-1985, nr. 832/1, 28; T. VANSWEEVELT, “Art. 4 Orgaantransplantatiewet” in *Comm. Pers.*, 1.

⁹⁰⁵ *Contra*: N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nrs. 90 en 353, die zijn strikte interpretatie evenwel nuanceert door te stellen dat transplantatiecentra nog wel strafbaar zullen zijn, zodat orgaanhandel niet waarschijnlijk is.

⁹⁰⁶ Zie ook al: art. 2 Wetsvoorstel van 10 februari 2011 betreffende het strafbaarstellen van commerciële orgaanhandel en orgaantoerisme, *Parl. St.* Kamer 2010-2011, nr. 53-1202/1.

⁹⁰⁷ Vgl. Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 1984-1985, nr. 832/1, 12.

⁹⁰⁸ Zie ook vorig randnummer.

⁹⁰⁹ Vgl. inzake art. 6 Wet Menselijk Lichaamsmateriaal: S. PANIS, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1215) 1261-1262. Vgl. inzake art. 5 Bloedwet: S. PANIS, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume I*, 2014, (973) 995.

en voor de overige wegnemingskosten (bv. kosten voor donorconditionering,⁹¹⁰ orgaanpreservatie en orgaantransport).⁹¹¹ Het Belgische socialezekerheidsrecht bevestigt dit impliciet door te voorzien in de terugbetaling van deze vergoedingen te laste van de sociale zekerheid.⁹¹² Indien de genoemde vergoedingen daarentegen verboden zouden zijn, dan zullen er vermoedelijk geen artsen en ziekenhuizen nog bereid zijn om orgaantransplantaties uit te voeren, zodat artikel 4 zichzelf en de rest van de Orgaantransplantatiewet zou uithollen. Dit kan vanzelfsprekend niet de bedoeling zijn. De betalingen mogen de redelijke vergoeding echter niet te boven gaan.⁹¹³ Anders zou er alsnog van een ongeoorloofd winstoogmerk sprake kunnen zijn.

C. *Het publiciteitsverbod*

191. Artikel 4, § 3 Orgaantransplantatiewet verbiedt ten slotte het onder de aandacht brengen van de behoefte aan of de beschikbaarheid van organen wanneer daarmee beoogd wordt financiële of vergelijkbare voordelen aan te bieden of te behalen.⁹¹⁴ Overtreding van dit verbod betreft wederom een wanbedrijf dat kan worden gestraft met een gevangenisstraf van drie maanden tot een jaar en/of met een geldboete van 1.000 tot 10.000 euro.⁹¹⁵

1. Onder de aandacht brengen

192. Artikel 4, § 3 is gericht op het onder de aandacht brengen van de behoefte aan of de beschikbaarheid van organen. Het maakt dus niet zozeer uit *wie* iets onder de aandacht brengt, maar wel *wat* onder de aandacht wordt gebracht. Ofwel moet de aandacht zijn gevestigd op de behoefte aan organen (bv. door patiënt die een orgaandonor zoekt⁹¹⁶ of door een tussenpersoon die donoren ronselt). Ofwel moet de aandacht worden gevestigd op de beschikbaarheid van organen (bv. door een donor die een orgaan aanbiedt⁹¹⁷ of door een tussenpersoon die kandidaat-ontvangers tracht aan te trekken). Één van deze twee aandachtspunten volstaat. Een tussenpersoon hoeft dus bv. niet donoren én ontvangers te ronselen alvorens hij krachtens artikel 4, § 3 bestraft zou kunnen worden.⁹¹⁸ Het maakt bovendien niet uit of het om organen van levende, dan wel overleden donoren gaat. Verder volstaat het dat de aandachtvestiging op

⁹¹⁰ Zie hierover ook *infra* Hoofdstuk II, Afd. 1, § 3, B.2.c. van dit Deel.

⁹¹¹ Zie ook: Resolutie WHA44.25 on Human organ transplantation, 44th World Health Assembly, 13 mei 1991, <http://www.who.int> (inzake guiding principles 5 en 8); Guiding principle 8, WHO Guiding principles on Human Cell, Tissue and Organ Transplantation (2010); Memorie van toelichting EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 132; Memorie van toelichting Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 115; Aanbeveling Rec(2004)7 van 19 mei 2004 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa aan de lidstaten over orgaanhandel, <http://www.coe.int>, appendix art. 3; WMA Statement on Organ and Tissue Donation (S-2012-04-2012); sec. 32(6) HTA 2004 (Engeland); 42 USC § 274e(c)(2) en sec. 16(b) UAGA 2006 (Verenigde Staten).

⁹¹² Zie *infra* Deel VI, Hoofdstuk I, Afd. 1, § 1, A.2.a.

⁹¹³ Zie: Commentary bij guiding principle 8, WHO Guiding principles on Human Cell, Tissue and Organ Transplantation (2010), waar werd gesteld dat kan bepaald worden of de vergoeding gerechtvaardigd is door het advies van een instantie met de nodige autoriteit te vragen of door te kijken naar de vergoedingen voor gelijkaardige diensten (zie ook: Eurotransplant Newsletter nr. 223, www.eurotransplant.org, 14).

⁹¹⁴ Conform art. 13, lid 3 Richtlijn 2010/53/EU.

⁹¹⁵ Art. 4 *iuncto* art. 17, § 3, lid 1 Orgaantransplantatiewet.

⁹¹⁶ Bv. A. GARCÍA RADA, “Five people are arrested in Spain’s first case of attempted organ trafficking”, *BMJ* 2014, 2426, waar een rijke Libanese burgemeester werd gearresteerd omdat hij 40.000 euro zou hebben aangeboden aan *sans papiers* in ruil voor een deel van hun lever.

⁹¹⁷ Bv. J. MCHALE, “The legal regulation of human material” in A. GRUBB, J. LAING en J. MCHALE (eds.), *Principles of medical law*, Oxford, Oxford University Press, 2010 (3^{de} ed.), (1011) 1032, over de zaak van Daniel Tuck, een zakenman die schulden had en veroordeeld werd omdat hij via een internetchatroom zijn nier te koop aanbood.

⁹¹⁸ Zie ook art. 7, lid 1 Europees Verdrag Orgaanhandel (‘*solicitation and recruitment*’).

Belgisch grondgebied plaatsvindt, zelfs al gaat het om orgaanbeschikbaarheid of –behoefte in het buitenland.⁹¹⁹

Volgens de Nederlandstalige tekst van artikel 4, § 3 gaat het om het “*onder de aandacht brengen*”, wat niet noodzakelijk publieke aandacht veronderstelt. Zo zou de orgaanbehoefte of orgaanbeschikbaarheid ook in een privégesprek onder de aandacht kunnen worden gebracht.⁹²⁰ De Franstalige tekst van artikel 4, § 3 spreekt daarentegen wél van een publiekmaking (“*toute mesure rendant public*”).⁹²¹ De Duitstalige tekst spreekt dan weer van adverteren (“*geworben*”),⁹²² wat eveneens een zekere publiekmaking lijkt te veronderstellen. Artikel 4, § 3 lijkt dus strikt genomen slechts bedoeld te zijn voor de gevallen waarin de orgaanbehoefte of orgaanbeschikbaarheid onder de aandacht worden gebracht op een publiek toegankelijke wijze. Nochtans heeft een ruime invulling van de Nederlandstalige versie het voordeel van een breder bestraffingsbereik, wat een sterkere bestrijding van commercialiteit mogelijk maakt. Beleidsmatig is de Nederlandstalige versie m.i. verkieslijk. De wetgever zal hier duidelijkheid moeten brengen.

Hoe dan ook is de bestraffing op basis van artikel 4, § 3 mogelijk ongeacht het middel waarmee de orgaanbehoefte of orgaanbeschikbaarheid onder de aandacht wordt gebracht. Artikel 4, § 3 viseert dus zowel de schriftelijke publiciteit in geprinte (bv. krantadvertentie) of elektronische (bv. internetadvertentie)⁹²³ vorm,⁹²⁴ als de mondelinge publiciteit.

2. Financiële of vergelijkbare voordelen

193. Artikel 4, § 3 vereist een bijzonder opzet, namelijk het oogmerk van het aanbieden of behalen van financiële of vergelijkbare voordelen. Het bestaan van dit oogmerk zal telkens *in concreto* moeten worden nagegaan. Het voordeelsoogmerk kan rechtstreeks (bv. door een nier te koop aan te bieden), maar ook onrechtstreeks (bv. verzekeringmaatschappij die korting aanbiedt aan zij die zich als donor hebben geregistreerd om zo meer klanten te lokken)⁹²⁵ zijn. Het maakt niet uit of deze voordelen effectief werden aangeboden of behaald. Voor de bestraffing op basis van artikel 4, § 3 volstaat het reeds dat het oogmerk daartoe aanwezig was. Deze bepaling viseert dus als het ware de poging tot orgaanhandel. Dat zowel financiële als vergelijkbare voordelen worden geviseerd, sluit goed aan bij de *ratio legis* van artikel 4, nu het beide soorten voordeelsoogmerk zijn die tot situaties met een verhoogd kwaliteits- en veiligheidsrisico kunnen leiden.⁹²⁶

⁹¹⁹ Art. 3 Sw. (het zgn. territorialiteitsbeginsel) en de ubiquiteitsleer, die stelt dat het misdrijf zich situeert op alle plaatsen waar zich één van de constitutieve elementen heeft voorgedaan: C. VAN DEN WYNGAERT m.m.v. S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen. Deel I*, Antwerpen, Maklu, 2011 (8^{ste} ed.), 139 e.v. en 145. Zie ook voor Engeland: A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, 1999, 174.

⁹²⁰ Vgl. sec. 32(2) en (11) HTA 2004 (Engeland); art. 32, lid 2, b en c WOD en Memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, 22.358, nr. 3, 48-49 (Nederland).

⁹²¹ Zie ook de Franstalige versie van art. 13, lid 3 Richtlijn 2010/53/EU. Vgl. art. L1211-3 Code de la santé publique (Frankrijk).

⁹²² Zie ook de Duitstalige en Engelstalige versie van art. 13, lid 3 Richtlijn 2010/53/EU. Vgl. art. 7 en 21, lid 3 Europees Verdrag Orgaanhandel; art. 21, § 2 Transplantatieprotocol EVRM-Bio; Aanbeveling Rec(2004)7 van 19 mei 2004 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa aan de lidstaten over orgaanhandel, <http://www.coe.int>, appendix art. 4.2.; Guiding principle 6, WHO Guiding principles on Human Cell, Tissue and Organ Transplantation (2010); principe 6 van de Verklaring van Istanbul (2008); WMA Statement on Human Organ Donation and Transplantation (S-2000-01-2006), nr. H.4.

⁹²³ Vgl. *Vr. en Antw.* Senaat 2008-09, 6 mei 2009, Vr. nr. 4-3423 H. VANDENBERGHE.

⁹²⁴ Vgl. principe 6, Verklaring van Istanbul (2008).

⁹²⁵ *Vr. en Antw.* Kamer 2010-11, 17 december 2010, 42 (Vr. nr. 195 M.-C. LAMBERT); N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nr. 123.

⁹²⁶ Het publiciteitsverbod uit art. 4, § 3 kan wegens dit volksgezondheidsbelang conform art. 10, § 2 EVRM (beperkingen op het recht op vrijheid van meningsuiting) worden geacht. Vgl. S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 397.

Artikel 4, § 3 viseert *a contrario* niet het onder de aandacht brengen van de behoefte aan organen met het oog op het doen stijgen van het aantal altruïstische donoren ten behoeve van de volksgezondheid.⁹²⁷ Zo zijn bv. sensibiliseringscampagnes niet verboden.⁹²⁸ Het kan daarbij gaan om acties van publieke, maar ook private actoren.⁹²⁹

§ 2. HET VERBOD OP MENSENHANDEL MET HET OOG OP ORGAANWEGNEMING

194. Één van de meest verwerpelijke vormen van orgaanhandel betreft mensenhandel met het oog op orgaanwegname, met name wegens de uitbuiting die dit meebrengt.⁹³⁰ In het raam van de Verenigde Naties,⁹³¹ de Raad van Europa⁹³² en de Europese Unie⁹³³ bestaan er bindende gemeenschappelijke internationale regels waardoor België verplicht is om mensenhandel strafbaar te stellen. Deze internationale regels omschrijven mensenhandel telkens als een misdrijf bestaande uit drie constitutieve elementen⁹³⁴: 1) een actie (*recruitment, transportation, transfer, harbouring of receipt of persons*), 2) een middel (*force, coercion, abduction, fraud, deception, abuse of power/position/vulnerability of giving or receiving payments/benefits to achieve the consent of a person having control over another person*) en 3) een doel, namelijk uitbuiting (*exploitation*). Uitbuiting omvat daarbij onder meer seksuele uitbuiting en dwangarbeid, alsook orgaanwegname. Hoewel vaststaat dat mensenhandel met het oog op orgaanwegname in de praktijk voorkomt, betrof het in 2011 officieel slechts zo'n 0,3% van alle vormen van mensenhandel (ong. 50 bekende slachtoffers, vooral in Europa en Azië).⁹³⁵

Overeenkomstig artikel 433quinquies, § 1, 4° Sw. kan de werving, het vervoer, de overbrenging, de huisvesting, de opvang van een persoon, het nemen of de overdracht van de controle over hem met als doel het wegnemen van organen in strijd met de Orgaantransplantatiewet gestraft worden als het misdrijf 'mensenhandel'. Door het gebruik van middelen zoals dwang e.d. niet als constitutieve voorwaarde te beschouwen, gaat België dus

⁹²⁷ Vgl. Guiding principle 6, WHO Guiding principles on Human Cell, Tissue and Organ Transplantation (2010).

⁹²⁸ Vgl. art. 5 Wet Menselijk Lichaamsmateriaal; Resolutie WHA44.25 on Human organ transplantation, 44th World Health Assembly, 13 mei 1991, <http://www.who.int>, inzake guiding principle 6; Art. L1211-3 Code de la santé publique (Frankrijk).

⁹²⁹ Bv. "Patiënt zkt. donor", *De Morgen* 13 april 2005 (programma 'In hart en nieren' op de commerciële zender VTM, bedoeld om het bewustmakingsproces op gang te brengen); "Oostendse bedrijven trekken de donorkar", *De Standaard* 22 maart 2011, 16 (Franklin Sleuyter Foundation, opgericht door een vastgoedmagnaat met de steun van verschillende ondernemingen, alsook van het UZ Gent, het U ZLeuven en de Provincie West-Vlaanderen, bedoeld om mensen aan te zetten tot donorschap).

⁹³⁰ A. CAPLAN *et al.*, *Trafficking in organs*, Joint Council of Europe/United Nations study, 2009, www.coe.int, 5, 11, 21-22, 55, 61-62 en 93; Considerans 7 Richtlijn 2010/53/EU.

⁹³¹ Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, New York, 15 november 2000, <https://treaties.un.org> (verkort: VN Protocol Mensenhandel), geratificeerd door België op 11 augustus 2004. Zie daarvoor ook al: Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography, New York, 25 mei 2000, <https://treaties.un.org> (in het bijzonder art. 3, lid 1, (a)(i)b), geratificeerd door België op 17 maart 2006).

⁹³² Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings, Warschau, 16 mei 2005, <http://www.conventions.coe.int> (verkort: Europees Verdrag Mensenhandel), geratificeerd door België op 27 april 2009. Zie ook: Aanbeveling 1611 (2003) van de Parlementaire vergadering van de Raad van Europa over mensenhandel in Europa, <http://www.coe.int>, nr. i.b., waar werd aanbevolen om het VN Protocol Mensenhandel te ratificeren.

⁹³³ Art. 5, lid 3 HGEU (verbod op mensenhandel) en de uitwerking hiervan in: Richtlijn 2011/36/EU van 5 april 2011 van het Europees Parlement en de Raad inzake de voorkoming en bestrijding van mensenhandel en de bescherming van slachtoffers daarvan, en ter vervanging van Kaderbesluit 2002/629/JBZ van de Raad, *Pb. L* 15 april 2011, afl. 101, 1 (verkort: Richtlijn 2011/36/EU). De bevoegdheid van de Europese wetgever inzake Richtlijn 2011/36/EU vloeit voort uit artikelen 82, lid 2 en 83, lid 1 VWEU. Zie in verband met mensenhandel en de EU voorts ook: Initiatief van de Helleense Republiek betreffende de aanneming van het kaderbesluit van de Raad betreffende de voorkoming en bestrijding van de handel in menselijke organen en weefsels (2003/C 100/13), *Pb. C* 26 april 2003, afl. 100, 29; Resolutie van het Europees Parlement van 22 april 2008 over orgaandonatie en -transplantatie: beleidsmaatregelen op EU-niveau (2007/2210(INI)), *Pb. C* 29 oktober 2009, afl. 259, E1 en E/8, waar werd opgeroepen om het VN Protocol Mensenhandel en het Europees Verdrag Mensenhandel te ondertekenen.

⁹³⁴ Art. 3(a) VN Protocol Mensenhandel; art. 4(a) Europees Verdrag Mensenhandel; art. 2, lid 1 en 3 Richtlijn 2011/36/EU; A. CAPLAN *et al.*, *Trafficking in organs*, Joint Council of Europe/United Nations study, 2009, www.coe.int, 78 e.v.

⁹³⁵ UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons 2014*, www.unodc.org, 9, 33, 35, 37 en 68.

verder dan de minimumbescherming van de bovengenoemde internationale regels.⁹³⁶ Overeenkomstig artikel 433*quinquies*, § 2 Sw. kan mensenhandel met het oog op orgaanwegneming gestraft worden als een wanbedrijf met een gevangenisstraf van één jaar tot vijf jaar en met een geldboete van 500 euro tot 50.000 euro. Bovendien voorzien artikelen 433*sexies-octies* Sw. in een groot aantal verzwarende omstandigheden, waardoor dit misdrijf vaak als misdaad gesanctioneerd kan worden met straffen gaande van vijf tot twintig jaar opsluiting en 700 tot 150.000 euro geldboete.⁹³⁷ Hierna zal het misdrijf van mensenhandel met het oog op orgaanwegneming nader onderzocht worden.

A. Universele bestraffing

195. In principe is de Belgische strafwet enkel van toepassing op misdrijven die op Belgisch grondgebied werden gepleegd, ongeacht de nationaliteit van de dader (art. 3 Sw.; het zgn. territorialiteitsbeginsel).⁹³⁸ Niettemin zou een misdrijf dat op buitenlands grondgebied werd gepleegd, uitzonderlijk toch in België gestraft kunnen worden indien dit bij wet werd bepaald (art. 4 Sw.). Welnu, volgens artikel 10*ter*, lid 1, 1° VTSv. kan iedereen, ongeacht zijn nationaliteit en de plaats van het misdrijf, vervolgd worden in België voor mensenhandel met het oog op orgaanwegneming, indien er sprake is van één van de (vele) verzwarende omstandigheden.⁹³⁹ Dit is een toepassing van het zgn. universaliteitsbeginsel, waaruit het internationaal strafwaardige karakter van het misdrijf blijkt.⁹⁴⁰

Aangezien mensenhandel met het oog op orgaanwegneming zich doorgaans als een grensoverschrijdend verschijnsel manifesteert, is deze universele bestraffing van belang voor een effectieve bestrijding.⁹⁴¹ Uiteraard vereist dit ook een politieke bereidheid om middelen te besteden aan de samenwerking betreffende het vaak complexe onderzoek naar mensenhandelnetswerken en hun vervolging.⁹⁴² Nochtans blijkt de onderzoeks- en vervolgingslast echter hoofdzakelijk te vallen op de minst sterke schouders, nl. de armere landen waar de uitbuiting van orgaandonoren doorgaans plaatsvindt. De rijkere landen, waarvan de meeste ontvangers afkomstig zijn, lijken hieraan minder belang te hechten, nu mensenhandel met het oog op orgaanwegneming op hun grondgebied zelden voorkomt.⁹⁴³

B. Strafbare acties

196. Opdat bestraffing krachtens artikel 433*quinquies*, § 1, 4° Sw. mogelijk is, moet minstens één van de volgende zes acties zijn gesteld ten aanzien van degene bij wie het orgaan zal worden weggenomen: werving, vervoer, overbrenging, huisvesting, opvang en controle van of – overdracht. Hierna zal kort worden verkend in hoeverre deze opsomming kan leiden tot de

⁹³⁶ C. HUBERTS en J.-F. MINET, “La loi du 29 avril 2013 visant à modifier l’article 433*quinquies* du Code pénal en vue de clarifier et d’étendre la définition de la traite des êtres humains: analyse et mise en perspective”, *Rev. Dr. Pén. Crim.* 2014, (6) 13-14.

⁹³⁷ Daarnaast zijn ook de ontzetting uit de rechten opgesomd in art. 31, lid 1 Sw., de sluiting van onderneming en de bijzondere verbeurdverklaring mogelijk (art. 433*novies* Sw.) mogelijk.

⁹³⁸ C. VAN DEN WYNGAERT m.m.v. S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen. Deel I*, 2011 (8^{ste} ed.), 139 e.v.

⁹³⁹ Hiervoor gelden wel ook nog een aantal procedurele voorwaarden: C. VAN DEN WYNGAERT m.m.v. S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen. Deel I*, 2011 (8^{ste} ed.), 157 e.v.

⁹⁴⁰ C. VAN DEN WYNGAERT m.m.v. S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen. Deel I*, 2011 (8^{ste} ed.), 152-153.

⁹⁴¹ J. SÁNDOR *et al.*, o.c. in F. AMBAGTSHEER en W. WEIMAR (eds.), *The EULOD Project*, 2013, (147) 151-153.

⁹⁴² Cf. art. 9-11 VN Protocol Mensenhandel; art. 32 e.v. Europees Verdrag Mensenhandel; considerans 5 Richtlijn 2011/36/EU.

⁹⁴³ A. CAPLAN *et al.*, *Trafficking in organs*, Joint Council of Europe/United Nations study, 2009, www.coe.int, 97; OSCE, *Trafficking in Human Beings for the Purpose of Organ Removal in the OSCE Region*, Occasional Paper Series no. 6 (2013), www.osce.org, 59-60.

bestrafning van de drie groepen van betrokkenen: 1) de tussenpersonen, 2) de ontvangers en 3) de levende donoren.

1. Tussenpersonen

197. Mensenhandel met het oog op orgaanwegneming vereist normaal de betrokkenheid van verschillende soorten tussenpersonen.⁹⁴⁴ Zonder twijfel omvat artikel 433*quinqüies*, § 1, 4° Sw. de bestrafning van de zgn. ‘makelaars’⁹⁴⁵ die de donor ‘werven’ (bv. via internet of persoonlijk contact)⁹⁴⁶ en/of hem tot bij de plaats van orgaanwegneming weten te brengen (‘vervoeren’ e.v.). Daarnaast zouden ook de makelaars die achter de schermen de strategische beslissingen nemen als mededader of medeplichtige (art. 66-67 Sw.) kunnen worden gestraft. Indien de (mede-)dader of medeplichtige een openbare ambtenaar is (bv. om gemakkelijker aan valse reis- en identificatiedocumenten voor de donor te geraken⁹⁴⁷), dan wordt dit als een verzwarende omstandigheid beschouwd.⁹⁴⁸

Artikel 433*quinqüies*, § 1, 4° Sw. viseert evengoed de bestrafning van ziekenhuizen⁹⁴⁹ of individuele beoefenaars van gezondheidszorgberoepen, die de donor onder andere zouden kunnen ‘werven’, ‘opvangen’ (bv. om misleidende informatie over de orgaanwegneming te geven⁹⁵⁰) of ‘huisvesten’ (bv. in het ziekenhuis waar de orgaanwegneming zal plaatsvinden⁹⁵¹). Zeer waarschijnlijk zal hun optreden zelfs beschouwd kunnen worden als misbruik van gezag of van de faciliteiten die hun functies hen verlenen,⁹⁵² wat een verzwarende omstandigheid uitmaakt.⁹⁵³ Ze zullen zich daarentegen niet schuldig maken aan mensenhandel met het oog op orgaanwegneming indien ze louter de ontvanger behandelen nadat deze elders werd getransplanteerd met een orgaan in het raam van mensenhandel met het oog op orgaanwegneming.⁹⁵⁴

Indien dit alles gebeurt in het kader van een vereniging of een criminele organisatie, dan maakt dit een verzwarende omstandigheid uit.⁹⁵⁵

2. Ontvangers

198. De bereidheid van sommige ontvangers om voor organen te betalen, werkt vanzelfsprekend mensenhandel met het oog op orgaanwegneming in de hand. Nochtans zal het vaak niet mogelijk zijn om de ontvanger zelf op basis van artikel 433*quinqüies*, § 1, 4° Sw. te bestraffen.⁹⁵⁶ Meestal zal de ontvanger immers niet betrokken zijn bij de werving, het vervoer,

⁹⁴⁴ Zie voor een overzicht: OSCE, *Trafficking in Human Beings for the Purpose of Organ Removal in the OSCE Region*, Occasional Paper Series no. 6 (2013), www.osce.org, 28-29.

⁹⁴⁵ Zie ook: A. CAPLAN *et al.*, *Trafficking in organs*, Joint Council of Europe/United Nations study, 2009, www.coe.int, 83.

⁹⁴⁶ Vgl. A. CAPLAN *et al.*, *Trafficking in organs*, Joint Council of Europe/United Nations study, 2009, www.coe.int, 78.

⁹⁴⁷ OSCE, *Trafficking in Human Beings for the Purpose of Organ Removal in the OSCE Region*, Occasional Paper Series no. 6 (2013), www.osce.org, 6.

⁹⁴⁸ Art. 433*sexies*, lid 1, 2° Sw. Merk in dit verband ook op dat bepaalde corruptiemisdrijven (art. 246-250 Sw. betreffende omkoping van ambtenaren) die buiten België werden gepleegd, krachtens art. 10*quater* VTSv. toch in België bestraft kunnen worden. Vgl. ook art. 7, leden 2 en 3 Europees Verdrag Orgaanhandel.

⁹⁴⁹ Cf. art. 5 Sw. inzake de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen.

⁹⁵⁰ Vgl. A. CAPLAN *et al.*, *Trafficking in organs*, Joint Council of Europe/United Nations study, 2009, www.coe.int, 83.

⁹⁵¹ *Ibid.*, 78.

⁹⁵² *Ibid.*, 79.

⁹⁵³ Art. 433*sexies*, lid 1, 1° Sw.

⁹⁵⁴ A. CAPLAN *et al.*, *Trafficking in organs*, Joint Council of Europe/United Nations study, 2009, www.coe.int, 83.

⁹⁵⁵ Art. 433*septies*, lid 1, 7° Sw. en art. 433*octies*, lid 1, 2° Sw.

⁹⁵⁶ Zie ook: N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nrs. 438 en 448. *Contra*: Verslag BROTTCHI en TEMMERMAN, *Parl. St.* Senaat 2010-11, nr. 5-666/3, 19, waar zonder de noodzakelijke juridische nuances werd

de overbrenging, de huisvesting, de opvang of de controlename/-overdracht van de donor, zodat één van de constitutieve bestanddelen van dit misdrijf niet vervuld is.

Dit moet enigszins genuanceerd worden. Naargelang de omstandigheden zou de ontvanger nog wel als mededader of medeplichtige (art. 66-67 Sw.) bij het misdrijf van mensenhandel met het oog op orgaanwegneming kunnen worden gestraft. Bovendien werd in het raam van artikel 4, § 1 Orgaantransplantatiewet al verdedigd dat de ontvanger in principe moet kunnen worden gestraft voor het kopen van een orgaan.⁹⁵⁷ Dit gaat eveneens op indien het orgaan gekocht wordt in het raam van mensenhandel met het oog op orgaanwegneming. Indien de ontvanger daarvoor echter naar het buitenland trekt (zgn. ‘transplantatietoerisme’),⁹⁵⁸ dan ligt deze bestraffing moeilijker. Overeenkomstig artikel 4 Sw. *iuncto* artikel 7, § 1 VTSv. zal het er onder meer van afhangen of het kopen van organen eveneens strafbaar is gesteld in het land waar dit misdrijf is gepleegd. Zo ja, dan kan de ontvanger die Belg is of in België zijn hoofdverblijfplaats heeft, ook in België gestraft worden voor het kopen van een orgaan in het buitenland (het zgn. actief personaliteitsbeginsel⁹⁵⁹). Zo neen, dan ontsnapt de ontvanger-koper mogelijk aan iedere bestraffing.⁹⁶⁰

199. Uit het voorgaande blijkt dat de bestraffing van de ontvanger voor het kopen van organen in het buitenland naar huidig recht in sommige gevallen omzeild zou kunnen worden. Dit is verontrustend. Enerzijds werd immers al gesteld dat het kopen van organen op zich strafwaardig is. Anderzijds kan worden aangenomen dat de betalingsbereidheid van de ontvanger mensenhandel met het oog op orgaanwegneming in de hand werkt, terwijl mensenhandel universeel strafwaardig wordt geacht.⁹⁶¹ Bijgevolg moet de wet worden aangepast opdat het kopen van organen in het buitenland, zowel bij loutere orgaanhandel⁹⁶² als orgaanhandel in de vorm van mensenhandel, duidelijk en zonder mazen strafbaar moet worden gesteld.⁹⁶³ De ratificatie van het Europees Verdrag Orgaanhandel zou de ideale gelegenheid voor dergelijke wetswijzing vormen, aangezien artikel 10 van dit verdrag zelf al hierop aanstuurt.

Zoals al gezegd, zou naargelang de concrete omstandigheden alsnog rekening kunnen worden gehouden met de wanhoop van de ontvanger door het Openbaar Ministerie bij de opportuniteitsbeoordeling van de strafvervolgning of door de strafrechter als verzachtende omstandigheid.⁹⁶⁴ Bovendien moet het ondergaan van een orgaantransplantatie in het

gesteld dat de aankoop van organen (in het buitenland) met het oog op transplantatie kan worden vervolgd en bestraft op basis van art. 443quinquies, § 1, 4° Sw.

⁹⁵⁷ Cf. *supra* § 1, A.2. van deze Afdeling.

⁹⁵⁸ Zie *supra* Afd. 1, § 1 van dit Hoofdstuk.

⁹⁵⁹ C. VAN DEN WYNGAERT m.m.v. S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen. Deel I*, 2011 (8^{ste} ed.), 151.

⁹⁶⁰ Vgl. Verslag BROTCCHI en TEMMERMAN, *Parl. St. Senaat* 2010-11, nr. 5-666/3, 16.

⁹⁶¹ Zie *supra* A van deze paragraaf.

⁹⁶² Cf. art. 19 Europees Verdrag Mensenhandel (criminalisering van het bewuste gebruik van diensten van de slachtoffers van mensenhandel); art. 18, lid 4 Richtlijn 2011/36/EU (idem).

⁹⁶³ Vgl. ook: art. 3 Wetsvoorstel van 10 februari 2011 betreffende het strafbaarstellen van commerciële orgaanhandel en orgaantoerisme, *Parl. St. Kamer* 2010-2011, nr. 53-1202/1, 6; art. 2 Wetsvoorstel van 24 maart 2011 tot wijziging van de wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, *Parl. St. Senaat* 2010-2011, nr. 5-897/1, 4; Initiatief van de Helleense Republiek betreffende de aanneming van het kaderbesluit van de Raad betreffende de voorkoming en bestrijding van de handel in menselijke organen en weefsels (2003/C 100/13), *Pb. C.* 26 april 2003, afl. 100, 30; Verslag BROTCCHI en TEMMERMAN, *Parl. St. Senaat* 2010-11, nr. 5-666/3, 27; N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nrs. 448 en 450. Frankrijk: art. 511-2 Code pénal.

⁹⁶⁴ Cf. art. 28quater, lid 1 Sv. en art. 79 e.v. Sw. Zie ook: OSCE, *Trafficking in Human Beings for the Purpose of Organ Removal in the OSCE Region*, Occasional Paper Series no. 6 (2013), www.osce.org, 31, waar blijkt dat de ontvanger-koper vaak niet worden gecriminaliseerd, maar veeleer als getuige inzake het misdrijf van mensenhandel met het oog op orgaanwegneming wordt beschouwd.

buitenland buiten een context van orgaan- en mensenhandel voor alle duidelijkheid nog wel geoorloofd blijven.⁹⁶⁵

3. Levende donoren

200. Overeenkomstig artikel 433*quinqies*, § 1, 4° Sw. zijn de werving, het vervoer, de overbrenging, de huisvesting, de opvang of de controlename/-overdracht slechts strafbaar indien ze betrekking hebben op een ‘persoon’. Opdat deze acties strafbaar zijn als mensenhandel met het oog op orgaanwegneming moeten ze dus concreet betrekking hebben op een *levende* donor. Overleden donoren zijn juridisch gezien immers geen ‘personen’ meer.⁹⁶⁶ In dit opzicht vormt het Europees Verdrag Orgaanhandel een meerwaarde, aangezien dit verdrag ook betrekking heeft op overleden donoren.⁹⁶⁷

Er kan reeds sprake zijn van mensenhandel met het oog op orgaanwegneming indien het slechts om één levende donor gaat. Niettemin zal de geldboete zo veel keer worden toegepast als er slachtoffers zijn⁹⁶⁸ en zal het gewoontelijk karakter van de activiteit desgevallend een verzwarende omstandigheid uitmaken⁹⁶⁹. Ook de kwetsbare hoedanigheid van de donor(en) kan een verzwarende omstandigheid opleveren.⁹⁷⁰

201. De vraag rijst nu of de levende donoren ook zelf op basis van artikel 433*quinqies*, § 1, 4° Sw. bestraft kunnen worden. Dit is naargelang de omstandigheden in principe mogelijk voor zover ze ten aanzien van deze vorm van mensenhandel als mededader of medeplichtige (art. 66-67 Sw.) kunnen worden beschouwd, dan wel zelf overgaan tot de werving, het vervoer, de overbrenging, de huisvesting, de opvang of de controlename/-overdracht van een (andere) levende donor. Indien de levende donor daarbij wetens en willens betaald wordt voor zijn toelating tot orgaanwegneming, dan zal hij bovendien op basis van artikel 4, § 1 Orgaantransplantatiewet gestraft kunnen worden. Indien het wanbedrijf van betaalde donatie zich echter in een ander land voltrekt, dan zal de betaalde donor volgens artikel 4 Sw. *iuncto* artikel 7, § 1 VTSv. slechts in België gestraft kunnen worden indien dit misdrijf ook in dat land strafbaar is gesteld (het zgn. actief personaliteitsbeginsel).

Een en ander moet echter aanzienlijk worden genuanceerd. Er wordt een onderscheid gemaakt naarmate de levende donor wordt uitgebuit door anderen. In het raam van mensenhandel zal de levende donor immers vaak in een socio-economisch kwetsbare positie verkeren en/of gestuurd worden via bedrog of dwang, zodat hij dan veeleer als een slachtoffer moet worden beschouwd.⁹⁷¹ In dat geval wordt vanuit Europese hoek dan ook aangestuurd op een niet-bestrafingsbeginsel ten gunste van de donor.⁹⁷² In België komt dit beginsel via de

⁹⁶⁵ Zie ook: Verslag BROTCCHI en TEMMERMAN, *Parl. St.* Senaat 2010-11, nr. 5-666/3, 24 en 36. Zie over transplantatie in het buitenland ook *infra* Deel VI, Hoofdstuk I, Afd. 1, § 1, A.2.a.2).

⁹⁶⁶ Zie *supra* Deel II, Hoofdstuk III, Afd. 2, § 1, B.2.b.

⁹⁶⁷ M. LÓPEZ-FRAGA *et al.*, “A needed Convention against trafficking in human organs”, *The Lancet* 2014, 2187-2189; C. BYK, “La Convention du Conseil de l’Europe sur le trafic d’organes humains”, *J. dr. Intern.* 2015, www.lexisnexis.com, 5.

⁹⁶⁸ Art. 433*quinqies*, § 4, art. 433*sexies*, lid 2, art. 433*septies*, lid 2 en art. 433*octies*, lid 2 Sw.

⁹⁶⁹ Art. 433*septies*, lid 1, 6° Sw.

⁹⁷⁰ Art. 433*septies*, lid 1, 1° (minderjarige) en 2° (personen die in een kwetsbare toestand verkeren ten gevolge van hun onwettige of precare administratieve toestand, hun precare sociale toestand, hun leeftijd, zwangerschap, een ziekte dan wel een lichamelijk of een geestelijk gebrek of onvolwaardigheid).

⁹⁷¹ A. CAPLAN *et al.*, *Trafficking in organs*, Joint Council of Europe/United Nations study, 2009, www.coe.int, 56 en 82-83; M. LÓPEZ-FRAGA *et al.*, *o.c.*, *The Lancet* 2014, (2187) 2188.

⁹⁷² Art. 26 Europees Verdrag Mensenhandel; art. 8 Richtlijn 2011/36/EU. Zie ook: OSCE, *Trafficking in Human Beings for the Purpose of Organ Removal in the OSCE Region*, Occasional Paper Series no. 6 (2013), www.osce.org, 49; J. SÁNDOR *et al.*, *o.c.* in F. AMBAGTSHEER en W. WEIMAR (eds.), *The EU/OD Project*, 2013, (147) 165.

beoordeling van de opportuniteit van de strafvervolgning door het Openbaar Ministerie (art. 28^{quater}, lid 1 Sv.) tot uiting.⁹⁷³ Mocht blijken dat bij de toepassing van het niet-bestrafingsbeginsel onvoldoende rekening wordt gehouden met de slachtofferpositie van de donor, dan zou alsnog aan een wettelijke verankering van dit beginsel in de wet kunnen worden gedacht. Indien de levende donor echter zelf als makelaar zou beginnen meewerken aan mensenhandel met het oog op orgaanwegname dan gaat het niet-bestrafingsbeginsel uiteraard niet meer op.⁹⁷⁴

C. *Orgaanwegname in strijd met de Orgaantransplantatiewet*

202. Artikel 433^{quinqies}, § 1, 4° Sw. veronderstelt een bijzonder opzet. De bovengenoemde acties zijn namelijk maar strafbaar indien ze worden gesteld met als doel “*het wegnemen van organen in strijd met de wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen (...)*” (de Orgaantransplantatiewet).⁹⁷⁵

1. Het wegnemingsdoel

203. Gelet op de verwijzing naar de Orgaantransplantatiewet moet worden aangenomen dat het begrip ‘wegname’ dezelfde invulling moet krijgen als in deze wet. Het gaat dus om de fysieke wegneming van het orgaan uit het lichaam van de donor met het oog op orgaantransplantatie bij een ontvanger.⁹⁷⁶

Vóór de wetwijziging van 29 april 2013⁹⁷⁷ viseerde artikel 433^{quinqies}, § 1, 4° Sw. zowel het wegnemen als het ‘laten wegnemen’ als doel. De huidige tekst spreekt niet meer van een ‘laten wegnemen’. Hoewel dit twijfel kan zaaien, moet echter worden aangenomen dat er inhoudelijk niets is gewijzigd. De huidige wettekst is namelijk voldoende ruim geformuleerd om zowel orgaanwegname door de mensenhandelaar zelf, als orgaanwegname door een ander als doelstelling te omvatten. Anders zou deze strafbaarstelling door mensenhandelaars al te gemakkelijk omzeild kunnen worden, wat niet de bedoeling van deze wet kan zijn.

De orgaanwegname vormt hierbij slechts een constitutief element van het misdrijf bij wijze van doelstelling achter de werving, het vervoer, de overbrenging, de huisvesting, de opvang of de controlename/-overdracht van de levende donor. Voor een bestraffing overeenkomstig artikel 433^{quinqies}, § 1, 4° Sw. is dus niet vereist dat de orgaanwegname effectief is uitgevoerd.⁹⁷⁸ Toch speelt de uitvoering van de orgaanwegname een rol. Er zal dan immers sprake zijn van “*het volledig verlies van een orgaan of van het gebruik van een orgaan*”,⁹⁷⁹ wat een verzwarende omstandigheid uitmaakt.⁹⁸⁰

⁹⁷³ CENTRUM VOOR GELIJKHEID VAN KANSSEN EN VOOR RACISMEBESTRIJDING, *Jaarverslag mensenhandel en mensensmokkel 2012*, www.diversiteit.be, 12-13, waar er ook op gewezen wordt dat de donor naargelang de omstandigheden nog een beroep zou kunnen doen op de schulditsluitingsgrond van dwang (art. 71 Sw.) indien hij toch vervolgd wordt.

⁹⁷⁴ A. CAPLAN *et al.*, *Trafficking in organs*, Joint Council of Europe/United Nations study, 2009, www.coe.int, 82-83; J. SÁNDOR *et al.*, o.c. in F. AMBAGTSHEER en W. WEIMAR (eds.), *The EULOD Project*, 2013, (147) 165.

⁹⁷⁵ Artikel 433^{quinqies}, § 1, 4° Sw. omvat ook de wegneming van menselijk lichaamsmateriaal in strijd met de Wet Menselijk Lichaamsmateriaal. Dit blijft hier echter buiten beschouwing.

⁹⁷⁶ Zie *supra* Deel II, Hoofdstuk III, Afd. 2, § 1, A.1.

⁹⁷⁷ Wet van 29 april 2013 tot wijziging van artikel 433^{quinqies} van het Strafwetboek met het oog op het verduidelijken en het uitbreiden van de definitie van mensenhandel, BS 23 juli 2013.

⁹⁷⁸ Vgl. A. CAPLAN *et al.*, *Trafficking in organs*, Joint Council of Europe/United Nations study, 2009, www.coe.int, 79.

⁹⁷⁹ Zie uitgebreider hierover *infra* Deel IV, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 1.

⁹⁸⁰ Art. 433^{septies}, lid 1, 5° Sw. Dezelfde strafverzwaring is van toepassing indien de orgaanwegname het leven van het slachtoffer opzettelijk of door grove nalatigheid in gevaar heeft gebracht of indien ze een ongeneeslijk lijkende ziekte, een blijvende fysieke of psychische ongeschiktheid of een zware verminking heeft veroorzaakt. Volgens art. 433^{octies}, lid 1, 1° Sw. is een nog strengere strafverzwaring van toepassing indien de orgaanwegname tot de dood van de levende donor heeft geleid.

2. Strijdigheid met de Orgaantransplantatiewet

204. De beoogde orgaanwegneming moet strijdig zijn met de Orgaantransplantatiewet opdat er bestraft kan worden op basis van artikel 433*quiquies*, § 1, 4° Sw. In de context van mensenhandel krijgt de (poging tot) schending van de Orgaantransplantatiewet zo als het ware een universeel strafbaar karakter. De ‘strijdigheid met de Orgaantransplantatiewet’ is zeer ruim doordat ze niet enkel de schending van het commercialiteitsverbod uit artikel 4 Orgaantransplantatiewet, maar ook de schending van alle andere voorwaarden uit deze wet omvat.

In sommige gevallen kan dergelijke ruime formulering gepast zijn. Zo valt hieronder bv. ook de schending van het vereiste van een vrije, bewuste en geïnformeerde toestemming van de donor (art. 8, § 1 en art. 9, lid 2 Orgaantransplantatiewet). Dit kan nuttig zijn aangezien men in geval van mensenhandel met het oog op orgaanwegneming de donoren vaak zal willen misleiden, bedriegen of zelfs dwingen.⁹⁸¹ Dit zou dan tot bestraffing overeenkomstig artikel 433*quiquies*, § 1, 4° Sw. kunnen leiden,⁹⁸² ongeacht of de donor zijn toestemming heeft gegeven.⁹⁸³

In andere gevallen kan de formulering echter té ruim zijn. Zo omvat de strijdigheid met de Orgaantransplantatiewet immers ook schendingen die bezwaarlijk als een geval van uitbuiting kunnen worden beschouwd (bv. schending van de kwaliteits- en veiligheidsregels uit artt. 3*bis-sexies*; schending van het commercialiteitsverbod uit art. 4 zonder enige misleiding of dwang). In dit opzicht kan de strenge bestraffing op grond van artikel 433*quiquies* e.v. Sw. te verregaand worden geacht.⁹⁸⁴ In navolging van C. Huberts en J.-F. Minet⁹⁸⁵ kan daarom worden voorgesteld dat er enkel gerefereerd zou worden naar specifieke bepalingen uit de Orgaantransplantatiewet (bv. art. 4, art. 8, § 1 en art. 9, lid 2). Dit is alvast verenigbaar met de bindende internationale regels inzake mensenhandel.⁹⁸⁶ In afwachting van zo’n wetwijziging moet worden gehoopt dat het Openbaar Ministerie bij de beoordeling van de opportuniteit van strafvervolg (art. 28*quater*, lid 2 Sv.) toch steeds aansluiting zoekt bij de exploitatiegedachte achter mensenhandel of dat de strafrechter een restrictieve interpretatie hanteert op basis van het legaliteitsbeginsel.

§ 3. HET ANONIMITEITSGEBOD

205. Overeenkomstig artikel 4*bis* Orgaantransplantatiewet mag de identiteit van de donor en de ontvanger niet worden meegedeeld.⁹⁸⁷ Dit anonimiteitsprincipe werd, samen met het

⁹⁸¹ Cf. *supra* Afd. 1, § 2, A van dit Hoofdstuk en A. CAPLAN *et al.*, *Trafficking in organs*, Joint Council of Europe/United Nations study, 2009, www.coe.int, 78. Vgl. ook: C. HUBERTS en J.-F. MINET, *o.c.*, *Rev. Dr. Pén. Crim.* 2014, (6) 43, die er terecht op wijzen dat dit overeenstemt met het vereiste van een middel zoals misleiding of dwang uit de internationale omschrijving van mensenhandel als misdrijf.

⁹⁸² Bedrog en dwang vormen daarbij verzwarende omstandigheden (art. 433*septies*, lid 1, 3° Sw.).

⁹⁸³ Art. 433*quiquies*, § 1, lid 2 Sw. Vgl. A. CAPLAN *et al.*, *Trafficking in organs*, Joint Council of Europe/United Nations study, 2009, www.coe.int, 80, die deze regel verklaart wegens de dunne grens tussen loutere druk en dwang.

⁹⁸⁴ Zie ook al de kritiek van L. IDE in Amendement nr. 1 bij het wetsvoorstel tot het strafbaar stellen van commerciële orgaanhandel en orgaantoerisme, Parl. St. Senaat 2010-11, nr. 5-677/3, 2. Vgl. met de bestraffing van deze schendingen door art. 17 Orgaantransplantatiewet, dat een beduidend minder strenge strafmaat hanteert.

⁹⁸⁵ C. HUBERTS en J.-F. MINET, *o.c.*, *Rev. Dr. Pén. Crim.* 2014, (6) 43.

⁹⁸⁶ Volgens deze regels volstaat het op zich immers al dat er een orgaanwegneming wordt beoogd: art. 3(a) VN Protocol Mensenhandel; art. 4(a) Europees Verdrag Mensenhandel; art. 2, lid 3 Richtlijn 2011/36/EU.

⁹⁸⁷ Vgl. *Frankrijk*: art. 16-8 Code civil; art. L1211-5 en art. L1231-1, lid 3 *in fine* Code de la santé publique. *Nederland*: art. 9.1., lid 2 Eisenbesluit 2006. *Raad van Europa*: art. 2, lid 2 en art. 13 appendix Resolutie (78) 29; 3rd Conference of European Health Ministers, Organ Transplantation, Paris 16-17 November 1987, *VI. T. Gez.* 1987-88, (284) 286 en 287; art. 23 Transplantatieprotocol EVRM-Bio. *EU*: considerans 22 Richtlijn 2010/53/EU. *WHO*: Principle 11, WHO Guiding Principles on Human Cell, Tissue and Organ Transplantation (2010), <http://www.who.int>.

principe van altruïsme en de veronderstelde toestemming tot orgaanwegname na overlijden, beschouwd als een pijler van orgaandonatie.⁹⁸⁸ Schending van het anonimiteitsgebod is een wanbedrijf dat gestraft kan worden met een gevangenisstraf van acht dagen tot zes maanden en/of een geldboete van 100 tot 500 euro.⁹⁸⁹ Niet toevallig is dit dezelfde strafmaat als voor de schending van het beroepsgeheim (art. 458 Sw.).⁹⁹⁰ Het anonimiteitsgebod uit artikel 4bis Orgaantransplantatiewet lijkt dan ook te moeten worden gezien als een bijzondere toepassing van het beroepsgeheim in het raam van orgaantransplantatie. Weliswaar blijft het beroepsgeheim uit artikel 458 Sw. voor alle duidelijkheid ook los van artikel 4bis Orgaantransplantatiewet gelden ten aanzien van donoren en ontvangers, zowel tijdens hun leven als na hun overlijden.⁹⁹¹

A. *Ratio legis*

206. De *ratio legis* van het medisch beroepsgeheim uit artikel 458 Sw. houdt verband met een algemeen belang, namelijk de toegankelijkheid van de gezondheidszorg. Gezondheidsgegevens zijn gevoelige informatie. Zonder geheimhoudingsplicht zou dan ook het risico bestaan dat patiënten niet volledig eerlijk antwoorden op diagnostische vragen of dat ze zelfs helemaal niet (tijdig) naar de beoefenaar van een gezondheidszorgberoep durven stappen.⁹⁹² Dit zou uiteraard nefast zijn voor de volksgezondheid.

De *ratio legis* van het anonimiteitsgebod uit artikel 4bis Orgaantransplantatiewet is enigszins anders geformuleerd. Zo achtte de Belgische wetgever de geheimhouding van de identiteit van donor en ontvanger nodig om “*vermeende rechten en verplichtingen tussen de receptor en de familieleden van de donor*” te vermijden.⁹⁹³ Dit kan op twee manieren worden geïnterpreteerd: patrimoniaal en extrapatrimoniaal.

1. Vermijden van patrimoniale rechten en plichten

207. Uit de memorie van toelichting blijkt duidelijk dat de wetgever het anonimiteitsgebod beschouwde als een aanvulling op het commercialiteitsverbod (art. 4 Orgaantransplantatiewet).⁹⁹⁴ Het anonimiteitsprincipe is dus in de eerste plaats bedoeld om vermogensrechtelijke aanspraken of verplichtingen in het kader van orgaanhandel te vermijden.⁹⁹⁵ Hiertoe is de anonimiteit vooral van praktisch belang: indien de donor (of zijn

⁹⁸⁸ Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 2680/1, 5.

⁹⁸⁹ Art. 4bis *iuncto* art. 17, § 2 Orgaantransplantatiewet.

⁹⁹⁰ Cf. Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 1984-1985, nr. 832-1, 12. Bestrafing op basis van art. 458 Sw. veronderstelt meer bepaald: 1) een bekendmaking 2) van een geheim 3) door een persoon die door zijn staat of beroep gehouden is tot geheimhouding (m.a.w. iedere ‘noodzakelijke vertrouwenspersoon’) 4) die opzettelijk (d.i. wetens en willens) handelde. Zie: F. BLOCKX, *Beroepsgeheim*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 57 e.v.; A. DIERICKX, J. BUELENS en A. VIJVERMAN, “Het recht op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, het medisch beroepsgeheim en de verwerking van persoonsgegevens” in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (583) 592 e.v.

⁹⁹¹ T. VANSWEEVELT, “Art. 14 Orgaantransplantatiewet” in *Comm. Pers.* 2007, 1; W. DREESSEN, o.c., *Jura Falc.* 1984-85, (500) 515. Zie algemeen over de toepassing van art. 458 Sw. na overlijden van de patiënt: F. BLOCKX, *Beroepsgeheim*, 2013, 110; A. DIERICKX, J. BUELENS en A. VIJVERMAN, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (583) 607.

⁹⁹² F. BLOCKX, *Beroepsgeheim*, 2013, 257; A. DIERICKX, J. BUELENS en A. VIJVERMAN, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (583) 588-589.

⁹⁹³ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 1980-81, nr. 774/1, 9; Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 1984-1985, nr. 832/1, 11.

⁹⁹⁴ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 1984-1985, nr. 832/1, 11, waar uitdrukkelijk naar artikel 4 werd verwezen.

⁹⁹⁵ Zie ook: T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 141 en 187; *Vr. en Antw.* Kamer 2004-05, 10 augustus 2005, Vr. nr. 531 K. BULTINCK ; D. YSEBAERT, G. VAN BEEUMEN en W. VAN DONINK, “Anonieme orgaandonoren?”, *De Morgen* 3 januari 2007 ; P. SCHOTSMANS, *Handboek medisch ethiek*,

naasten) en de ontvanger elkaar niet kennen, dan zullen ze niet met elkaar in contact komen en logischerwijze ook geen commerciële afspraken of aanspraken kunnen maken.⁹⁹⁶ Daarom is het m.i. vreemd dat het Europees Verdrag Orgaanhandel geen anonimiteitsgebod oplegt.

Het vooruitzicht van mogelijke vermogensrechtelijke aanspraken vanwege de donor of zijn naasten zou de ontvanger misschien afkerig doen staan van orgaantransplantatie, wat zijn gezondheid kan schaden. In die zin sluit het anonimiteitsgebod aan bij de *ratio* van het beroepsgeheim. Weliswaar zal de anonimiteit van donor en ontvanger commercialiteit niet geheel kunnen verhinderen. Orgaanhandel zou nog steeds tot stand kunnen komen via een tussenpersoon (bv. een arts) die de identiteit van beide reeds kent, maar verzwijgt.⁹⁹⁷ Hiervoor zal alsnog vertrouwd moeten worden op het afschrikkingseffect van de bestraffing krachtens artikel 4 Orgaantransplantatiewet en artikel 433*quinquies*, § 1, 4° Sw.

2. Vermijden van extrapatrimoniale rechten en plichten

208. Hoewel de wetgever zich blijkbaar vooral bekommerde om commercialiteit, kan een bijkomende reden voor het anonimiteitsgebod gezocht worden in het vermijden van bepaalde extrapatrimoniale aanspraken of verplichtingen.

Indien de ontvanger met de donor of zijn na(ast)bestaanden in contact zou komen, dan zou dit er immers toe kunnen leiden dat hij een schuldgevoel jegens hen ontwikkelt, ongewenst hun betrokkenheid in zijn verdere privéleven wordt opgedrongen, belast wordt met het verdriet van de nabestaanden, teleurgesteld is omdat de donor niet voldoet aan zijn verwachtingen en daardoor het orgaan ‘psychologisch’ afstoot en/of de transplantatie-ervaring niet kan afsluiten en niet verder kan met zijn/haar leven.⁹⁹⁸ Deze psychosociale nadelen zouden de ontvanger zelfs ten nadele van zijn lichamelijke gezondheid afkerig kunnen doen staan ten opzichte van orgaantransplantatie. Opnieuw vindt het anonimiteitsgebod aansluiting bij de *ratio* van het beroepsgeheim uit artikel 458 Sw.

Leuven, LannooCampus, 2008, 164; F. DOBBELS *et al.*, “Should the law on anonymity of organ donation be changed? The perception of liver transplant recipients”, *Clin. Transplant* 2009, (375) 376 en 377; H. NYS, *Recht en bio-ethiek. Wegwijs voor mensen in de gezondheidszorg*, Leuven, LannooCampus, 2010, 143; X. DIJON, *La raison du corps*, Brussel, Bruylant, 2012, 152; N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nr. 74; N. MAMODE *et al.*, *o.c.*, *Transplantation* 2013, (536) 537 (tabel 1), 538 en 539. Vgl. *Nederland*: H.J.J. LEENEN, “Gezondheidsrechtelijke aspecten van orgaantransplantatie”, *NJB* 1978, (871) 871-872; M.J. SIEBELINK en J.H.H.M. DORSCHIEDT, “Postmortale orgaan- en weefseltransplantatie en de rechtspositie van het jonge kind”, *FJR* 2008, (52) 53. *Frankrijk*: C. LABRUSSE-RIOU, “L’anonymat du donneur: étude critique du droit positif français” in A. SÉRIAUX (ed.), *Le droit, la médecine et l’être humain: propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXI^e siècle*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d’Aix-Marseille, 1996, (81) 88; A. CLAEYS en C. HURIET, *Rapport sur l’application de la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994*, 1999, 31.

⁹⁹⁶ Vgl. N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nrs. 89 en 143.

⁹⁹⁷ Vgl. C. BYK, “Transplantation d’organes et droit: une greffe réussie? Expérience française, contexte européen”, *JCP G.* 1997, nr. 4026, (245) 449.

⁹⁹⁸ H.J.J. LEENEN, *o.c.*, *NJB* 1978, (871) 871-872; W. DREESSEN, *o.c.*, *Jura Falc.* 1984-85, (500) 515; C. LABRUSSE-RIOU, *o.c.* in A. SÉRIAUX (ed.), *Le droit, la médecine et l’être humain*, 1996, (81) 89-90; C. BYK, *o.c.*, *JCP G.* 1997, nr. 4026, (245) 249; advies nr. 11 van 20 december 1999 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, <http://www.health.belgium.be>, 15; A.J. KOLBER, “A Matter of Priority: Transplanting Organs Preferentially to Registered Donors”, *Rutgers L. Rev.* 2002-2003, (671) 726-728; D.W. HANTO, “Ethical Challenges Posed by the Solicitation of Deceased and Living Organ Donors”, *N. Eng. J. Med.* 2007, (360) 1065; Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 51-2810/1, 5; “Liberalen willen anonimiteit van orgaandonoren opheffen”, *De Standaard* 29 december 2006, 9; P. SCHOTSMANS, *Handboek medisch ethiek*, 2008, 164; A. BELHOUSSE, *o.c.*, *Con. M.* 2008, (27) 30; M.-J. CLERMONT, “The Ghost between us. Maintaining the Secret about Donor Identity; Moral Obligations entwined in this Rule” in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2008, (428) 431; M. DE KLERK *et al.*, “Justification for Anonymity in a Kidney Exchange Program” in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation: Ethical, Legal and Psychosocial Aspects. Towards a Common European Policy*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2008, (236) 237-240; F. DOBBELS *et al.*, *o.c.*, *Clin. Transplant* 2009, (375) 375 en 377; “Website heft anonimiteit van orgaandonoren op”, *De Morgen* 19 oktober 2011, 10; N. MAMODE *et al.*, *o.c.*, *Transplantation* 2013, (536) 537 (tabel 1) en 539; C. ANNEMA *et al.*, “Opinions of Dutch Liver Transplant Recipients on Anonymity of Organ Donation and Direct Contact With the Donors Family”, *Transplantation* 2015, (879) 881 (tabel 2), 882 (tabel 3) en 879.

Indien omgekeerd de donor of zijn na(ast)bestaanden in contact zouden komen met de ontvanger, dan zouden ook zij een psychosociaal nadeel kunnen ondervinden. Zo zouden ze wegens misplaatste verwachtingen compleet teleurgesteld kunnen zijn wat betreft bv. het karakter, het uiterlijk of de overtuigingen van de ontvanger.⁹⁹⁹ De verspreiding van dergelijke negatieve ervaringen zou bovendien de algemene donatiebereidheid kunnen doen dalen.¹⁰⁰⁰ Indien het contact al plaatsvindt vóór de donatie, dan zou de donor hierdoor zelfs nog de orgaanwegname kunnen weigeren.¹⁰⁰¹ Door deze dalingen in het orgaanaanbod zal het psychosociaal nadeel van de donor de volksgezondheid schaden. Ook zo vindt het anonimiteitsgebod enigszins aansluiting bij de *ratio* van het beroepsgeheim uit artikel 458 Sw.

B. Verbod op mededeling

209. Artikel 4bis Orgaantransplantatiewet verbiedt iedere ‘mededeling’ van donor- of ontvangeridentiteit. Gelet op de *ratio legis* kan dit begrip m.i. zo ruim als het begrip ‘bekendmaking’ in het raam van artikel 458 Sw. begrepen worden. Het verbod geldt dus voor schriftelijke, mondelinge en zelfs non-verbale mededelingen, alsook voor het louter bevestigen of ontkennen van een gerucht.¹⁰⁰² Er is bovendien geen openbaarheid vereist, zodat een mededeling aan slechts één persoon reeds verboden is.¹⁰⁰³

210. Artikel 4bis Orgaantransplantatiewet preciseert evenwel niet *wie* gehouden is tot het mededelingsverbod.¹⁰⁰⁴ Het maakt in principe niet uit van wie de mededeling afkomstig is opdat de bekendmaking van de donor- en ontvangeridentiteit tot commercialiteit en/of psychosociale nadelen kan leiden. Gelet op deze *ratio legis* kan daarom worden aangenomen dat het mededelingsverbod in principe rust op eenieder die op een of andere wijze kennis heeft van de donor- of ontvangeridentiteit.¹⁰⁰⁵ Dit valt dus niet geheel samen met de zwijgplicht in het raam van het beroepsgeheim (art. 458 Sw.), die enkel geldt ten aanzien van personen die wegens hun staat of beroep wettelijk gezien als ‘noodzakelijke vertrouwenspersoon’ worden gekwalificeerd.¹⁰⁰⁶

Concreet geldt het mededelingsverbod uit artikel 4bis dus allereerst ten aanzien van eenieder die (binnen of buiten het ziekenhuis) meewerkt aan de orgaanwegname of -transplantatie.¹⁰⁰⁷ Daarnaast geldt dit mededelingsverbod strikt genomen ook voor de donor, de

⁹⁹⁹ X., “Altruism and confidentiality in organ donation”, *The Lancet* 2000, 765; D. YSEBAERT, G. VAN BEEUMEN en W. VAN DONINK, “Anonieme orgaandonoren?”, *De Morgen* 3 januari 2007; F. DOBBELS *et al.*, *o.c.*, *Clin. Transplant* 2009, (375) 376; N. MAMODE *et al.*, *o.c.*, *Transplantation* 2013, (536) 537 (tabel 1) en 538.

¹⁰⁰⁰ Vgl. het anonimiteitsgebod inzake de donatie van overtallige embryo’s (art. 22 Wet Medisch Begeleide Voortplanting), dat bedoeld is om een tekort aan donoren te vermijden (V. VANDERHULST, “Medisch begeleide voortplanting” in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (31) 115. Nochtans verschilt deze anonimiteitsproblematiek van die van orgaandonatie, omdat hij de vraag naar een recht op kennis van genetische afkomst betreft.

¹⁰⁰¹ M. DE KLERK *et al.*, “Gepaarde donorruil; nieuw landelijk programma voor nierdonatie bij leven”, *Ned. T. Gen.* 2004, (420) 422; E.S. WOODLE *et al.*, “Ethical Considerations for Participation of Nondirected Living Donors in Kidney Exchange Programs”, *Am. J. Transpl.* 2010, vol. 10, (1460) 1466; N. MAMODE *et al.*, *o.c.*, *Transplantation* 2013, (536) 539 en 540.

¹⁰⁰² Vgl. F. BLOCKX, *Beroepsgeheim*, 2013, 112 en 117-118; A. DIERICKX, J. BUELENS en A. VIJVERMAN, *o.c.* in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (583) 593.

¹⁰⁰³ *Hand.* Kamer 3 juni 1986, 1212. Vgl. F. BLOCKX, *Beroepsgeheim*, 2013, 112; A. DIERICKX, J. BUELENS en A. VIJVERMAN, *o.c.* in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (583) 593.

¹⁰⁰⁴ Zie reeds de kritiek hieromtrent: Advies Raad van State, *Parl. St.* Kamer 1980-81, nr. 774/1, 19.

¹⁰⁰⁵ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 1980-81, nr. 774/1, 9.

¹⁰⁰⁶ Ten aanzien van andere personen kan er dan nog wel een wettelijke, contractuele of disciplinaire discretieplicht gelden. Zie: F. BLOCKX, *Beroepsgeheim*, 2013, 62-64, 70-73, 74 e.v., 104 en 106; A. DIERICKX, J. BUELENS en A. VIJVERMAN, *o.c.* in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (583) 611 e.v.

¹⁰⁰⁷ Vgl. A. BELHOUS, *o.c.*, *Con. M.* 2008, (27) 30.

ontvanger, hun familie of derden.¹⁰⁰⁸ Deze ruime invulling vloeit voort uit zowel de tekst van de wet, als uit de *ratio legis*. Zo zouden deze personen op basis van artikel 4bis bestraft kunnen worden indien ze bv. identificatiegegevens m.b.t. de donor of de ontvanger verstrekken via een website die toelaat om de corresponderende donor/ontvanger te vinden.¹⁰⁰⁹ Zoals verder nog wordt besproken, neemt de toestemming van degene om wiens identiteit het gaat, in principe de strafbaarheid immers niet weg.¹⁰¹⁰ Desgevallend zou een gebrek aan winstoogmerk en/of aan psychosociaal risico wel in rekening kunnen worden gebracht door het Openbaar Ministerie bij de opportuniteitsbeoordeling van de strafvervolg¹⁰¹¹ of door de strafrechter als verzachtende omstandigheid¹⁰¹².

211. Artikel 4bis Orgaantransplantatiewet blijft eveneens vaag met betrekking tot de vraag *aan wie* de donor- en ontvangeridentiteit niet mag worden meegedeeld.¹⁰¹³ Aangezien het de bedoeling is om (al dan niet) vermogensrechtelijke rechten en verplichtingen tussen (de familie van) de donor en de ontvanger te vermijden, moet logischerwijze worden aangenomen dat de identiteit niet aan hen mag worden meegedeeld. Dit geldt zowel voor de rechtstreekse mededelingen, als de onrechtstreekse (bv. via familie of media¹⁰¹⁴).

Daarentegen moet worden aangenomen dat de betreffende identiteitsgegevens wél mogen worden meegedeeld aan alle personen die noodzakelijkerwijze over deze informatie moeten beschikken opdat de orgaanwegname en -transplantatie conform de wet (en de uitvoeringsbesluiten¹⁰¹⁵) kan worden uitgevoerd (bv. de procureur des Konings¹⁰¹⁶ of Eurotransplant¹⁰¹⁷).¹⁰¹⁸ De impliciete of expliciete wettelijke toelating werkt hierbij als een rechtvaardigingsgrond (art. 70 Sw.). Zo sluit het anonimiteitsgebod in het bijzonder de traceerbaarheid van donoren en ontvangers (ten behoeve van de kwaliteit en veiligheid) niet uit.¹⁰¹⁹ Uiteraard zal de gegevensverwerking nog wel onderworpen zijn aan de regels van het beroepsgeheim (art. 458 Sw.)¹⁰²⁰ en van de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de

¹⁰⁰⁸ Vgl. daarentegen art. 458 Sw., dat geen geheimhoudingsplicht op de patiënten zelf oplegt: A. DIERICKX, J. BUELENS en A. VIJVERMAN, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (583) 624-625.

¹⁰⁰⁹ Zo'n website bestaat reeds in Nederland: www.donadona.nl; "Website heft anonimiteit van orgaandonoren op", *De Morgen* 19 oktober 2011, 10.

¹⁰¹⁰ Cf. *infra* Deel IV, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, C.

¹⁰¹¹ Cf. art. 28quater, lid 1 Sv.

¹⁰¹² Cf. art. 85 en 100 Sw. *iuncto* art. 19 Orgaantransplantatiewet.

¹⁰¹³ Zie reeds de kritiek hierop: *Hand.* Kamer 3 juni 1986, 1212.

¹⁰¹⁴ Vgl. J.M. GREEP, "Medisch-ethische aspecten bij transplantatie" in J.M. GREEP (ed.), *Orgaantransplantatie*, Leiden, Stafleu, 1970, (352) 355.

¹⁰¹⁵ Zie immers art. 17, § 2 en § 3 Orgaantransplantatiewet, die de overtreding van de uitvoeringsbesluiten strafbaar stellen.

¹⁰¹⁶ Zie alvast art. 13 Orgaantransplantatiewet en *infra* Deel V, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, B.2.

¹⁰¹⁷ Zie alvast art. 13bis Orgaantransplantatiewet en *infra* Deel VI, Hoofdstuk I, Afd. 3, § 1.

¹⁰¹⁸ Vgl. R. VERELST, "De wet op het wegnemen en transplanteren van organen", *VL. T. Gez.* 1987, (97) 101; I. BOONE, o.c., *TPR* 1996, (91) 119; C. LABRUSSE-RIOU, o.c. in A. SÉRIAUX (ed.), *Le droit, la médecine et l'être humain*, 1996, (81) 85.

¹⁰¹⁹ Art. 3quinquies Orgaantransplantatiewet. Hiervoor had zelfs zonder wettelijke grondslag een beroep kunnen worden gedaan op de rechtvaardigingsgrond van de noodtoestand. Zie ook: T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 187; Commentary on Principle 11, WHO Guiding Principles on Human Cell, Tissue and Organ Transplantation (2010), <http://www.who.int>. Vgl. art. 5, lid 2 Bloedwet. Vgl. art. 16-8, lid 2 Code civil en art. L1211-5, lid 2 Code de la santé publique (Frankrijk); Memorie van toelichting Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 123. Van de traceerbaarheid wordt gezegd dat ze onrechtstreeks orgaanhandel kan helpen voorkomen: Memorie van toelichting Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 39; Considerans 7 Richtlijn 2010/53/EU; resolutie van het Europees Parlement van 22 april 2008 over orgaandonatie en -transplantatie: beleidsmaatregelen op EU-niveau (2007/2210(INI)), *Pb. C.* 29 oktober 2009, afl. 259, E/8; A. CAPLAN *et al.*, *Trafficking in organs*, Joint Council of Europe/United Nations study, 2009, www.coe.int, 39.

¹⁰²⁰ R. VERELST, o.c., *VL. T. Gez.* 1987, (97) 101.

persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens (hierna: Wet Verwerking Persoonsgegevens)¹⁰²¹.

C. Identiteit van de donor en de ontvanger

212. Het mededelingsverbod van artikel 4*bis* heeft betrekking op de ‘identiteit van de donor en de ontvanger’. Zoals gezegd is het anonimiteitsgebod bedoeld om contact tussen (de familie van) de donor en de ontvanger onmogelijk te maken. Bijgevolg mag worden aangenomen dat het mededelingsverbod betrekking heeft op alle gegevens die toelaten om de donor of ontvanger te identificeren en zo te contacteren. Dit beperkt zich dus niet tot de naam,¹⁰²² maar strekt zich logischerwijze ook uit tot onder meer adressen, telefoonnummers of coördinaten van naasten.

Zo omvat het mededelingsverbod m.i. bovendien de gegevens die op zichzelf geen identificatie en localisatie toelaten, maar wel dit effect hebben in de context waarin ze worden meegedeeld. Dit zal telkens in het licht van de concrete omstandigheden moeten worden beoordeeld. Aangezien het hier evenwel een strafbepaling betreft, moet acht worden geslagen op het legaliteitsbeginsel, dat bestraffing enkel toelaat mits een duidelijke, voorzienbare wettekst.¹⁰²³ Aldus kan er bij contextgebonden identificatiegegevens slechts een schending van het anonimiteitsgebod aanvaard worden indien het duidelijk en voorzienbaar was voor een redelijk persoon dat de donor of de ontvanger in de gegeven omstandigheden geïdentificeerd zou kunnen worden. Bij wijze van voorbeeld kan gedacht worden aan een persconferentie in een ziekenhuis over een recente en zeer unieke transplantatie zoals een gezichtstransplantatie.¹⁰²⁴ Zelfs indien de naam van de gezichtsontvanger niet wordt vermeld, is het redelijkerwijze duidelijk dat de familie van de gezichtsdonor o.a. op basis van de locatie, het tijdstip en de uniciteit van het transplantaat desgevallend zal kunnen achterhalen waar de ontvanger zich op dat moment bevindt en wie hij is. Om schending van artikel 4*bis* te vermijden is het in zo’n geval raadzaam om voldoende lang te wachten na de transplantatie alvorens dit openbaar te maken.

213. Gegevens die het *in concreto* niet mogelijk maken om de identiteit te achterhalen, mogen *a contrario* wel worden meegedeeld. Er valt bv. te denken aan het land van herkomst,¹⁰²⁵ het geslacht,¹⁰²⁶ de gemiddelde leeftijd,¹⁰²⁷ informatie over de gezondheidsstatus van de

¹⁰²¹ BS 18 maart 1993. Wie de verantwoordelijke voor de gegevensverwerking is, hangt af van de instelling waarbinnen ze moet worden verricht: art. 13*bis*, § 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet (Eurotransplant, dat hiertoe conform art. 7, § 4 Wet Verwerking persoonsgegevens een beroepsbeoefenaar in de gezondheidszorg zal moeten aanduiden: memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2011-12, nr. 53-2158/1, 35); art. 10/21 KB Transplantatiecentra (een beoefenaar van een gezondheidszorgberoep die deel uitmaakt van het team van het transplantatiecentrum); art. 20 KB Lokale donorcoördinatie (een beoefenaar van een gezondheidszorgberoep).

¹⁰²² Zie daarentegen schijnbaar wel in die zin: Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 1980-81, nr. 774-1, 9.

¹⁰²³ Cf. *supra* Deel II, Hoofdstuk II, Afd. 1.

¹⁰²⁴ Vgl. A. BRODIN-SARTORIUS *et al.*, “Ethical Considerations on Face Donation” in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J.V. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2011, 299-300.

¹⁰²⁵ B. VAN HAELEWIJCK, *Don d’organes. Don de tissus*, Brussel, Kluwer, 2002, 30; F. DOBBELS *et al.*, o.c., *Clin. Transplant* 2009, (375) 379. *Contra*: *Vr. en Antw.* Kamer 1992-93, 9 juli 1992 (Vr. nr. 61 MINET), indien de betrokkene zich nog in het ziekenhuis bevindt.

¹⁰²⁶ Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 51-2810/1, 4; F. DOBBELS *et al.*, o.c., *Clin. Transplant* 2009, (375) 379; N. MAMODE *et al.*, o.c., *Transplantation* 2013, (536) 537; C. ANNEMA *et al.*, o.c., *Transplantation* 2015, (879) 879.

¹⁰²⁷ Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 51-2810/1, 4; F. DOBBELS *et al.*, o.c., *Clin. Transplant* 2009, (375) 379 (zelden); N. MAMODE *et al.*, o.c., *Transplantation* 2013, (536) 537; C. ANNEMA *et al.*, o.c., *Transplantation* 2015, (879) 879.

donor,¹⁰²⁸ de resultaten van de transplantatie bij de ontvanger¹⁰²⁹ of een geanonimiseerde dankbrief¹⁰³⁰. Er werd reeds voorgesteld om praktijkrichtlijnen op te stellen inzake welke algemene informatie mag worden meegedeeld.¹⁰³¹

De vraag rijst daarbij nog of (de familie van) de donor en de ontvanger ook een *recht* op deze informatie hebben. Wat betreft de informatie die relevant is voor de toestemming tot tussenkomsten van beroepsbeoefenaars is dergelijk recht inderdaad in de wetgeving vastgelegd.¹⁰³² Wat betreft de overige informatie kan geprobeerd worden om een informatierecht te putten uit artikel 8 EVRM door de informatieverstrekking in te kleden als een vorm van respect voor de psychische integriteit (de familie van) de donor en de ontvanger.¹⁰³³

D. Algemeen opzet

214. De schending van artikel 4*bis* Orgaantransplantatiewet veronderstelt een algemeen opzet, m.a.w. dat er wetens en willens, ongeacht goede trouw, gehandeld werd.¹⁰³⁴ Indien bv. de ontvanger tijdens het binnenrijden in de operatiezaal toevallig een orgaancontainer ziet waarop identificerende gegevens staan,¹⁰³⁵ dan zal er in principe geen sprake zijn van een opzettelijke mededeling en is een bestraffing krachtens artikel 4*bis* niet mogelijk. Niettemin zou er naargelang de feiten eventueel nog wel sprake kunnen zijn van een foutieve onzorgvuldigheid, die tot burgerrechtelijke en/of tuchtrechtelijke aansprakelijkheid zou kunnen leiden.¹⁰³⁶

E. Uitzonderingen op het anonimiteitsgebod

1. Levende donoren en ontvangers die elkaar kennen

215. Overeenkomstig artikel 4*bis* Orgaantransplantatiewet mag de identiteit van de donor en de ontvanger niet worden meegedeeld, *behalve* indien de donor en de ontvanger elkaars identiteit kennen in het kader van een wegneming bij een levende persoon. Indien ze elkaar al kennen, dan zal anonimiteit immers niet meer mogelijk zijn en verliest het mededelingsverbod

¹⁰²⁸ Vgl. N. MAMODE *et al.*, o.c., *Transplantation* 2013, (536) 539, die weliswaar stellen dat dit de anonimiteit in het gedrang kan brengen wanneer een beschrijving van de donor in de media zou worden gegeven; C. ANNEMA *et al.*, o.c., *Transplantation* 2015, (879) 881; F. DOBBELS *et al.*, o.c., *Clin. Transplant* 2009, (375) 379 (doodsoorzaak zelden). *Contra*: D. VAN RAEMDONCK *et al.*, "Initial experience with transplantation of lungs recovered from donors after euthanasia", *App. Cardiopulm. Path.* 2011, (38) 41, voor wat betreft de specifieke doodsoorzaak.

¹⁰²⁹ Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 51-2810/1, 4; H. NYS en G. VAN BEEUMEN, "Juridische aspecten" in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, Leuven, Acco, 2014, (38) 48; P. LORMANS *et al.*, "Orgaandonatie in de praktijk" in *Ibid.*, (96) 102; S. DESMET en M. DELBOUILLE, "Begeleiding van de familie van een potentiële orgaandonor" in *Ibid.*, (128) 132-133.

¹⁰³⁰ B. VAN HAELEWIJCK, *Don d'organes. Don de tissues*, 2002, 30; Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 51-2810/1, 4; F. DOBBELS *et al.*, o.c., *Clin. Transplant* 2009, (375) 376 en 379.

¹⁰³¹ C. ANNEMA *et al.*, o.c., *Transplantation* 2015, (879) 883.

¹⁰³² Art. 7-8 Wet Patiëntenrechten (t.a.v. de ontvanger en de donor, voor zover deze in leven is); art. 9, lid 2 Orgaantransplantatiewet (t.a.v. de levende donor). Indien uitzonderlijk de verplichting uit art. 4*bis* Orgaantransplantatiewet toch zou conflicteren met deze bepalingen, dan zou naargelang de omstandigheden alsnog van art. 4*bis* kunnen worden afgeweken op basis van de noodtoestand.

¹⁰³³ Daarbij moet dus rekening worden gehouden met het risico dat het verstrekken van teleurstellende informatie (bv. slechte transplantatieresultaten) een psychosociaal nadeel kan opleveren (bv. N. MAMODE *et al.*, o.c., *Transplantation* 2013, (536) 537 (tabel 1) en 538). Vgl. inzake een recht op informatie voor levende donoren op basis van een persoonlijkheidsrechtelijke zeggenschap: N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nrs. 1016-1017.

¹⁰³⁴ Vgl. met art. 458 Sw., dat eveneens een algemeen opzet veronderstelt: F. BLOCKX, *Beroepsgeheim*, 2013, 129.

¹⁰³⁵ Vgl. "Eurotransplant", *magUZA* 2005, nr. 63.

¹⁰³⁶ Vgl. met art. 458 Sw.: F. BLOCKX, *Beroepsgeheim*, 2013, 129; A. DIERICKX, J. BUELENS en A. VIJVERMAN, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (583) 610.

zijn nut.¹⁰³⁷ In de meeste gevallen van orgaanwegneming bij leven zullen de donor en de ontvanger elkaar reeds kennen omdat levende donoren doorgaans enkel hun orgaan willen afstaan ten gunste van een ontvanger met wie ze een (sterke) affectieve band onderhouden.¹⁰³⁸ Een verbod op donaties tussen donoren en ontvangers die elkaar al kennen, zou het aantal levende donoren dan ook aanzienlijk doen dalen, wat zou ingaan tegen het doel van een hoger orgaanaanbod. Bovendien beperkt de affectiviteit tussen donor en ontvanger het risico op winst oogmerk en psychosociale risico's, zodat de bestraffing krachtens het commercialiteitsverbod van artikel 4¹⁰³⁹ en de verplichting tot psychosociale screening vervat in artikel 8bis reeds voldoende bescherming bieden.¹⁰⁴⁰ Uiteraard gelden ook nog het beroepsgeheim (art. 458 Sw.) en de Wet Verwerking Persoonsgegevens, zodat de beroepsbeoefenaars niet zomaar gezondheidsgegevens van de ontvanger mogen bekendmaken aan de donor en *vice versa*.¹⁰⁴¹

Voor alle duidelijkheid is niet de sterke affectieve band tussen de levende donor en de ontvanger, maar wel de kennis van elkaars identiteit het bepalende criterium voor de toepassing van de bovenstaande uitzondering op het anonimiteitsgebod. Dit betekent dat deze uitzondering in principe ook van toepassing zal zijn wanneer de levende donor en ontvanger elkaar kennen, maar geen (sterke) affectieve band onderhouden. Ook dan volstaat m.i. de bescherming van artikel 4 en 8bis Orgaantransplantatiewet, alsook artikel 458 Sw. en de Wet Verwerking Persoonsgegevens.¹⁰⁴²

216. De bovenstaande uitzondering op het anonimiteitsgebod is echter niet van toepassing op alle levende donoren. Hoewel de wet op dit punt nogal vaag is omschreven, kan uit artikel 4bis Orgaantransplantatiewet *a contrario* worden afgeleid dat het anonimiteitsgebod blijft gelden ten aanzien van levende donoren en ontvangers die elkaar nog niet kennen (bv. in het raam van een *cross-over*-programma of bij een niet-gerelateerde donatie¹⁰⁴³).¹⁰⁴⁴ Dit is een verruiming ten opzichte van vroeger, toen het anonimiteitsgebod enkel gold in geval van orgaanwegneming na overlijden.¹⁰⁴⁵

Bovendien geldt de uitzondering slechts indien de levende donor en de ontvanger “*elkaars identiteit*” (*leur identité respective*) kennen. Indien daarentegen slechts één van de

¹⁰³⁷ Vgl. Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2011-12, nr. 53-2158/1, 23-24; advies nr. 13/2011 van 6 juli 2011 van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, <http://www.privacycommission.be>.

¹⁰³⁸ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 1980-81, nr. 774/1, 9; Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 1984-1985, nr. 832/1, 11. Zie ook *infra* Deel IV, Hoofdstuk I, Afd. 1.

¹⁰³⁹ Art. 4, § 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet stelt naast het verbod op betaalde donatie nog eens dat de donor geen rechten mag doen gelden t.a.v. de ontvanger. Dit zou kunnen worden begrepen als een duidelijke bevestiging dat ook levende donoren die de ontvanger reeds kennen, geen betaling mogen vorderen. Zie: H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 2005, 513.

¹⁰⁴⁰ Zie uitgebreider over het altruïstisch en gecontroleerd karakter van de toestemming tot orgaanwegneming bij leven *infra* Deel IV, Hoofdstuk III, Afd. 4 en 9.

¹⁰⁴¹ Zie ook: Memorie van toelichting Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 122.

¹⁰⁴² *Contra*: D.W. HANTO, o.c., *N. Eng. J. Med.* 2007, (1062) 1065. Zie ook: Art. 2, lid 2 Appendix bij Resolutie (78) 29; Toelichting bij voorstel voor een Richtlijn, COM(2008) 818 (definitief), <http://eur-lex.europa.eu>, 5; Resolutie van het Europees Parlement van 22 april 2008 over orgaandonatie en –transplantatie: beleidsmaatregelen op EU-niveau (2007/2210(INI)), *Pb. C.* 29 oktober 2009, afl. 259, E/5; Human Tissue Authority Code of practice 2: donation of solid organs for transplantation (2014), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, nr. 94 (Engeland).

¹⁰⁴³ Zie *infra* Deel IV, Hoofdstuk I, Afd. 1 en 3.

¹⁰⁴⁴ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2011-12, nr. 53-2158/1, 23-24; advies nr. 13/2011 van 6 juli 2011 van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, <http://www.privacycommission.be>.

¹⁰⁴⁵ *Cf.* vroeger art. 14 Orgaantransplantatiewet, opgeheven door art. 26 wet van 3 juli 2012 (*BS* 24 augustus 2012). Dit beperkte toepassingsgebied van art. 14 kon worden afgeleid uit de plaatsing van deze bepaling onder Hoofdstuk III van de wet (“Wegneming na overlijden”). Zie ook: Advies Raad van State, *Parl. St.* Kamer 1980-81, nr. 774/1, 19; T. VANSWEEVELT, “Art. 14 Orgaantransplantatiewet” in *Comm. Pers.*, 2007, 1.

partijen de identiteit van de andere kent (bv. bij donatie aan een mediafiguur),¹⁰⁴⁶ dan zal de identiteit van deze partij in principe nog steeds moeten worden verzwegen aan de niet-wetende partij. Bij eenzijdige anonimiteit blijft het mededelingsverbod m.a.w. van toepassing.

2. Toestemming

a. Huidig recht: toestemming quasi-irrelevant

217. De vraag rijst of naar huidig recht van het anonimiteitsgebod mag worden afgeweken indien de (familie van de) donor en/of de ontvanger hierin toestemmen. Inspiratie kan worden gezocht in de rechtsleer rond het beroepsgeheim (art. 458 Sw.), waar over dit vraagstuk aanzienlijke discussie bestaat. Er kunnen *grosso modo* twee strekkingen onderscheiden worden.

1) De strikte visie

218. Volgens de eerste, strikte visie kan de toestemming van de patiënt op zich in principe geen uitzondering op de zwijgplicht rechtvaardigen. Hiertoe kan worden gesteld dat het beroepsgeheim wegens haar strafrechtelijk karakter van openbare orde is, zodat men er niet in private overeenkomsten kan van afwijken (art. 6 BW). Aldus zou de toestemming van de patiënt op zich het wederrechtelijke karakter van de bekendmaking van beroepsgeheimen niet ongedaan kunnen maken.¹⁰⁴⁷ Dezelfde redenering kan dan worden gemaakt ten aanzien van de mededeling van de identiteit van de donor of de ontvanger in strijd met artikel 4*bis* Orgaantransplantatiewet.

219. Niettemin zijn de aanhangers van de strikte visie genuanceerd. De toestemming zou nog wel een rol kunnen spelen indien daarvoor een (impliciet of expliciet) wettelijk voorschrift als rechtvaardigingsgrond (art. 70 Sw.) voorhanden is, zoals bv. artikel 7 en 12-14 Wet Patiëntenrechten (vertrouwenspersonen en patiëntenvertegenwoordigers) of artikel 7, § 2, a) Wet Verwerking Persoonsgegevens (schriftelijke toestemming voor de verwerking van persoonsgegevens die de gezondheid betreffen¹⁰⁴⁸).¹⁰⁴⁹ Artikel 4*bis* Orgaantransplantatiewet heeft als specifieke wet echter voorrang op dergelijke algemene wetten (*lex specialis derogat lex generalis*), zodat een beroep op de rechtvaardigingsgrond van artikel 70 Sw. in dit geval geen soelaas biedt.

De noodtoestand zou als rechtvaardigingsgrond in theorie nog wel een afwijking van het anonimiteitsgebod mits toestemming van de partijen kunnen toelaten.¹⁰⁵⁰ In de praktijk valt er echter moeilijk een dergelijke noodsituatie in te denken.

¹⁰⁴⁶ Zie *infra* Deel IV, Hoofdstuk III, Afd. 4, § 2, C.2.b.

¹⁰⁴⁷ A. DIERICKX, J. BUELENS en A. VIJVERMAN, *o.c.* in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (583) 589 en 678-681. Zie ook: art. 64 Code Geneeskundige Plichtenleer.

¹⁰⁴⁸ Ook de andere voorwaarden van de Wet Verwerking Persoonsgegevens (o.a. aanstelling van een verantwoordelijke en toezicht van een beroepsbeoefenaar, informatie, aangifte aan de Privacycommissie) moeten zijn nageleefd alvorens deze wet als rechtvaardigingsgrond kan dienen. Zie: A. DIERICKX, J. BUELENS en A. VIJVERMAN, *o.c.* in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (583) 667 e.v.

¹⁰⁴⁹ A. DIERICKX, J. BUELENS en A. VIJVERMAN, *o.c.* in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (583) 625 e.v., 641-642, 667, 679-680, 586 en 594-597.

¹⁰⁵⁰ Vgl. inzake art. 458 Sw.: F. BLOCKX, *Beroepsgeheim*, 2013, 137 ; A. DIERICKX, J. BUELENS en A. VIJVERMAN, *o.c.* in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (583) 675-676 en 679-680.

2) *De soepele visie*

220. Volgens de tweede, soepele visie zou de toestemming van de patiënt daarentegen op zich wél volstaan om een afwijking van de zwijgplicht te rechtvaardigen.

Één van de meest overtuigende en grondige redeneringen voor deze visie vertrekt vanuit de *ratio legis* en één van de constitutieve elementen van artikel 458 Sw., namelijk het vereiste van een ‘geheim’¹⁰⁵¹. Zoals gezegd, heeft het beroepsgeheim als doel het nodige vertrouwen bij patiënten te scheppen zodat ze niet worden afgeschrikt om medische hulp te zoeken. Aldus zou moeten worden nagegaan op basis van de ingesteldheid van een normale en redelijke patiënt, geplaatst in dezelfde omstandigheden, of deze zou hebben getwijfeld om medische hulp te zoeken indien hij zou geweten hebben dat de informatie bekend zou geraken. Zo neen, dan kan op basis van de uitdrukkelijke toestemming van de patiënt tot bekendmaking van de beschermde informatie worden gesteld dat er niet langer sprake is van een ‘geheim’, zodat het beroepsgeheim niet van toepassing is.¹⁰⁵²

Deze redenering kan echter niet getransponeerd worden naar het anonimiteitsgebod uit artikel 4bis Orgaantransplantatiewet, aangezien deze bepaling het bestaan van een ‘geheim’ niet als voorwaarde stelt en dus geen beoordelingsmarge op dit punt biedt. Opnieuw moet besloten worden dat de toestemming van de (familie van de) donor of van de ontvanger op zich geen afwijking van het anonimiteitsgebod zal kunnen rechtvaardigen.

b. Toekomstig recht: toestemming relevant onder voorwaarden?

221. In 2006 werd tevergeefs een wetsvoorstel gelanceerd om de Orgaantransplantatiewet te wijzigen zodat de anonimiteit alsnog zou kunnen worden opgeheven bij wederzijdse toestemming van de ontvanger en de nabestaanden van de donor.¹⁰⁵³ In de Verenigde Staten en Engeland, waar het anonimiteitsbeginsel niet bij wet is vastgelegd, wordt de opheffing van de anonimiteit reeds toegelaten na transplantatie met een levende donor.¹⁰⁵⁴ Richtlijn 2010/53/EU laat bovendien alvast ruimte aan de nationale wetgever om in ‘specifieke gevallen’ de bekendmaking van de identiteit aan de donor of zijn familie en aan de ontvanger toe te laten.¹⁰⁵⁵ Tegen dergelijke afwijking van het anonimiteitsgebod worden echter een viertal argumenten opgeworpen. Hierna zullen deze argumenten achtereenvolgens worden gewikt en gewogen.

¹⁰⁵¹ Art. 458 Sw. is slechts van toepassing op een geheim, wat wil zeggen dat het gaat om informatie die gelet op de concrete omstandigheden verborgen was en zo moest blijven. Zie hierover: A. DIERICKX, J. BUELENS en A. VIJVERMAN, *o.c.* in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (583) 599-601; F. BLOCKX, *Beroepsgeheim*, 2013, 114-115.

¹⁰⁵² F. BLOCKX, *Beroepsgeheim*, 2013, 177 en 178.

¹⁰⁵³ Memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot wijziging van de wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen met betrekking tot de anonimiteit van orgaandonatie, *Parl. St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2810/1, 5. Zie ook daarvoor al: T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 187.

¹⁰⁵⁴ Verenigde Staten: P.L. ADAMS *et al.*, “The Nondirected Live-Kidney Donor: Ethical Considerations and Practice Guidelines”, *Transplantation* 2002, vol. 74, (582) 587; A.J. MATAS, “Nondirected and Controversial Donors” in R.W.G. GRUESSNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, New York, McGraw-Hill Medical, 2008, (57) 59; OPTN Policy 13.12, [www.optn.transplant.hrsa.gov](http://optn.transplant.hrsa.gov); OPTN/UNOS Ethics Committee, “Living Non-directed Organ Donation”, <http://optn.transplant.hrsa.gov> (geraadpleegd op 19 september 2013). Engeland: Human Tissue Authority Code of practice 2: donation of solid organs for transplantation (2014), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, nr. 94 (“anonymity of the donor and recipient is required before the operations”; eigen onderlijning); N. MAMODE *et al.*, *o.c.*, *Transplantation* 2013, (536) 537. Zie vroeger ook voor Nederland: GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 130-131.

¹⁰⁵⁵ Considerans 22 Richtlijn 2010/53/EU. Schijnbaar contra: N. MAMODE *et al.*, *o.c.*, *Transplantation* 2013, (536) 536, die stellen dat art. 16 Richtlijn 2010/53/EU (‘Bescherming van persoonsgegevens, geheimhouding en beveiliging van de verwerking’) indirect anonimiteit impliceert. Deze bepaling is echter vooral gericht op het handhaven van Richtlijn 95/46/EG betreffende de bescherming van persoonsgegevens, die een wettelijke opheffing van donor- en ontvangeranonimiteit niet lijkt te verhinderen.

1) *Onvoldoende noodzaak?*

222. Een eerste argument tegen een wettelijke mogelijkheid tot opheffing van de anonimiteit luidt dat hier geen nood aan bestaat nu de praktijkervaring en enquêtes leren dat de meeste ontvangers en donoren *niet* geïnteresseerd zijn in elkaars identiteit.¹⁰⁵⁶

Niettemin zijn er ontvangers die wél het verlangen koesteren om (de familieleden van) hun donor te leren kennen en *vice versa*.¹⁰⁵⁷ Welnu, onze democratie betekent niet zozeer dat de mening van de meerderheid steeds de norm is, maar veeleer dat vrijheid en eerbiediging van het privéleven (*in casu* de vrijheid om private relaties aan te gaan) het uitgangspunt vormen (art. 8, § 1 EVRM). Een inmenging van overheidswege (*in casu* door het aangaan van private relaties te verhinderen via een anonimiteitsgebod) kan dan enkel geoorloofd zijn indien hiervoor een goede reden bestaat en voor zover die inmenging niet verder gaat dan nodig (art. 8, § 2 EVRM). Op basis van de noden van de meerderheid kan een wettelijke uitzondering op de anonimiteit dus niet zomaar worden afgewezen.

2) *Gevaar voor commercialiteit?*

223. Vervolgens wordt de mogelijkheid tot opheffing van de anonimiteit ook afgewezen wegens het gevaar voor commercialiteit, aangezien (de nabestaanden van) de donoren dan de ontvangers onder druk zouden kunnen zetten om voor organen te betalen.¹⁰⁵⁸

Hiertegen kan worden ingebracht dat het commercialiteitsrisico minder groot is indien de identiteit pas wordt bekendgemaakt *na* de transplantatie. Men zou de ontvanger dan nog wel onder druk kunnen zetten om te betalen, maar (de familie van) de donor beschikt dan niet meer over de sterkste hefboom, nl. het kunnen weigeren van de orgaanwegneming. Bovendien zal de strafbaarstelling van commercialiteit in artikel 4 Orgaantransplantatiewet ook nog steeds een afschrikkend effect hebben, zelfs zonder anonimiteit.¹⁰⁵⁹ Het is dan wel vereist dat de (familie van de) donor en de ontvanger goed op de hoogte zijn van deze strafbaarstelling.

3) *Gevaar voor psychosociale nadelen?*

224. Daarnaast zou de mogelijkheid tot opheffing van anonimiteit ook kunnen worden afgewezen wegens het gevaar voor allerlei psychosociale nadelen (bv. schuldgevoelens, teleurstelling), wat bovendien kan leiden tot negatieve ervaringen die de donatiebereidheid kunnen doen dalen.¹⁰⁶⁰

Nochtans zou het opheffen van de anonimiteit ook psychosociale voordelen kunnen opleveren. De ontvanger die dit wenst, zou zijn dankbaarheid kunnen uiten op een sterkere manier dan via een anonieme dankbrief en/of zou door de ontmoeting het hele

¹⁰⁵⁶ D. YSEBAERT, G. VAN BEEUMEN en W. VAN DONINK, “Anonieme orgaandonoren?”, *De Morgen* 3 januari 2007; M. DE KLERK *et al.*, o.c. in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2008, (236) 237-240; F. DOBBELS *et al.*, o.c., *Clin. Transplant* 2009, (375) 376 en 377; C. ANNEMA *et al.*, o.c., *Transplantation* 2015, (879) 880 en 883.

¹⁰⁵⁷ Bv. “‘Ik zou zo graag weten van wie mijn longen zijn’”, *Het Nieuwsblad* 24 oktober 2012, 13; “Liberalen willen anonimiteit van orgaandonoren opheffen”, *De Standaard* 29 december 2006, 9; “‘Dood van onze dochter heeft het leven van anderen gered’”, *De Standaard* 6 oktober 2006, 15.

¹⁰⁵⁸ D. YSEBAERT, G. VAN BEEUMEN en W. VAN DONINK, “Anonieme orgaandonoren?”, *De Morgen* 3 januari 2007; “Website heft anonimiteit van orgaandonoren op”, *De Morgen* 19 oktober 2011, 10.

¹⁰⁵⁹ Zie ook: Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 51-2810/1, 5; C. LEMMENS, *Voorafgaande wilsverklaringen met betrekking tot het levenseinde*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nr. 165; B. DICKENS, o.c. in A. GRUBB (ed.), *Principles of medical law*, 2004 (2^{de} ed.), (1025) 1077.

¹⁰⁶⁰ D. YSEBAERT, G. VAN BEEUMEN en W. VAN DONINK, “Anonieme orgaandonoren?”, *De Morgen* 3 januari 2007.

transplantatiegebeuren beter kunnen verwerken.¹⁰⁶¹ Voor de (levende) donor die dit wenst, zou een ontmoeting tot een hogere zelfachting kunnen leiden¹⁰⁶² en voor de nabestaanden van de (overleden) donor die dit wensen, zou een ontmoeting troostend en zingevend kunnen werken¹⁰⁶³. Bijgevolg zou een afwijking van het anonimiteitsbeginsel ook positieve verhalen kunnen opleveren, waardoor de algemene donatiebereidheid van de bevolking zou kunnen stijgen.¹⁰⁶⁴

225. Het argument van psychosociaal voordeel wordt echter op zijn beurt met een aantal bezwaren geconfronteerd. Allereerst kan het zijn dat (de familie van) de donor en de ontvanger verblind zijn door de emoties van het moment en instemmen met een ontmoeting alvorens de mogelijke psychosociale risico's te kennen en te hebben afgewogen. Het is dan onzeker of er psychosociale voordelen kunnen ontstaan. Dit probleem kan echter opgevangen worden door de betrokken partijen voorafgaand zorgvuldig te informeren over de psychosociale risico's¹⁰⁶⁵ en door een verplichte bedenktijd in te lassen. Idealiter wordt ook voorzien in een begeleiding vanuit het transplantatiecentrum,¹⁰⁶⁶ dat de interne transplantatieraad¹⁰⁶⁷ (het toestaan van) de ontmoetingen kan laten coördineren¹⁰⁶⁸ en dat hierbij ook een beroep kan doen op een psycholoog¹⁰⁶⁹.

Voorts zou ook het vrij karakter van de toestemming tot opheffing van de anonimiteit in twijfel kunnen worden getrokken. Zo kan het zijn dat de ontvanger onder druk komt te staan om met een ontmoeting in te stemmen, uit vrees dat hij anders ondankbaar zou overkomen.¹⁰⁷⁰ Ook dan is de mogelijkheid op psychosociale voordelen onzeker. Dit probleem kan weliswaar opgelost worden door het initiatief tot een verzoek van anonimiteitsopheffing volledig over te laten aan de partijen.¹⁰⁷¹ De donoren (of hun familie) zouden bij gebrek aan anonimiteit eveneens onder druk kunnen staan om te doneren,¹⁰⁷² wat wederom een psychosociaal voordeel onzeker maakt. Dit probleem kan dan weer worden opgevangen door de anonimiteit pas *na* de donatie op te heffen.

¹⁰⁶¹ Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 51-2810/1, 5; B. VAN HAELEWIJCK, "Orgaangift...Van de dood naar het leven..." in A. VAN ORSHOVEN en Y. EGBERT (eds.), *"Levenstestament" en andere voorafgaande wilsverklaringen*, Antwerpen, Garant, 2003, (153) 157; F. DOBBELS *et al.*, o.c., *Clin. Transplant* 2009, (375) 377 en 378; C. ANNEMA *et al.*, o.c., *Transplantation* 2015, (879) 881 (tabel 2) en 882 (tabel 3).

¹⁰⁶² N. MAMODE *et al.*, o.c., *Transplantation* 2013, (536) 537 (tabel 1) en 538. Zie ook *infra* Deel IV, Hoofdstuk IV, Afd. 1, § 2, B.2.c en d.

¹⁰⁶³ "Liberalen willen anonimiteit van orgaandonoren opheffen", *De Standaard* 29 december 2006, 9; National Expert Meeting on Organ Donation and Transplantation at Community Level: Working Group on Quality and Safety – Summary Report, 31 januari 2008, Brussel, http://ec.europa.eu/health/blood_tissues_organ, 4.

¹⁰⁶⁴ F. DOBBELS *et al.*, o.c., *Clin. Transplant* 2009, (375) 376 en 378; N. MAMODE *et al.*, o.c., *Transplantation* 2013, (536) 537 (tabel 1) en 539; C. ANNEMA *et al.*, o.c., *Transplantation* 2015, (879) 882 (tabel 3).

¹⁰⁶⁵ Zie ook: "Website heft anonimiteit van orgaandonoren op", *De Morgen* 19 oktober 2011, 10; J.R. RODRIGUE *et al.*, "Altruistic Kidney Donation to a Stranger: Psychosocial and Functional Outcomes at Two US Transplant Centers", *Transplantation* 2011, vol. 91, (772) 776; OPTN/UNOS Ethics Committee, "Living Non-directed Organ Donation", <http://optn.transplant.hrsa.gov> (geraadpleegd op 19 september 2013).

¹⁰⁶⁶ Vgl. Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 51-2810/1, 6; Advies nr. 11 van 20 december 1999 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, <http://www.health.belgium.be>, 15; A. BELHOUS, o.c., *Con. M.* 2008, (27) 30; "Website heft anonimiteit van orgaandonoren op", *De Morgen* 19 oktober 2011, 10.

¹⁰⁶⁷ Zie *infra* Hoofdstuk II, Afd. 2, § 3 van dit Deel.

¹⁰⁶⁸ Dit weerlegt de kritiek dat de opheffing van de anonimiteit de werklast van de transplantatiecoördinatoren zou verhogen en hun verantwoordelijkheid zou overstijgen. Cf. F. DOBBELS *et al.*, o.c., *Clin. Transplant* 2009, (375) 376.

¹⁰⁶⁹ Zie reeds art. 10/1 KB van 23 juni 2003 houdende vaststelling van de normen waaraan een transplantatiecentrum moet voldoen om te worden erkend als medische dienst zoals bedoeld in artikel 44 van de wet op de ziekenhuizen, gecoördineerd op 7 augustus 1987, *BS* 4 augustus 2003.

¹⁰⁷⁰ D. YSEBAERT, G. VAN BEEUMEN en W. VAN DONINK, "Anonieme orgaandonoren?", *De Morgen* 3 januari 2007; F. DOBBELS *et al.*, o.c., *Clin. Transplant* 2009, (375) 376.

¹⁰⁷¹ Vgl. J.R. RODRIGUE *et al.*, o.c., *Transplantation* 2011, (772) 776 en vgl. *infra* Deel IV, Hoofdstuk III, Afd. 3, § 2, D.1.

¹⁰⁷² N. MAMODE *et al.*, o.c., *Transplantation* 2013, (536) 537 (tabel 1), 538 en 540.

Ten slotte rijst de vraag wat er moet gebeuren indien er geen eensgezindheid bestaat tussen de nabestaanden van de overleden donor omtrent een ontmoeting met de ontvanger. Voor degene die daarin toestemmen, zal zo'n ontmoeting psychosociale voordelen kunnen meebrengen, terwijl er voor de weigeraars eerder een psychosociaal nadeel dreigt. Het probleem is nu dat de identiteit mogelijk aan elk van hen bekend zal worden, indien één van hen contact maakt. Een mogelijke oplossing bestaat er dan in de opheffing van de anonimiteit slechts toe te staan in de gevallen waar er geen onenigheid bestaat onder de nabestaanden van de donor.

4) *Gevaar voor onrechtvaardige orgaanallocatie?*

226. Tot slot kan nog gevreesd worden dat de opheffing van de anonimiteit zal leiden tot onrechtvaardige ontvangersselectie, doordat (de nabestaanden van) de donor nu de toestemming tot orgaanwegneming op basis van discriminatoire criteria (bv. ras) zou kunnen voorbehouden aan bepaalde personen.¹⁰⁷³

Daarentegen moet worden aangenomen dat de autonomie van de donor krachtens het zelfbepalingsrecht ook een relevante allocatiefactor is.¹⁰⁷⁴ Bovendien zal het bovenstaande probleem zich niet zo snel stellen indien de anonimiteit pas *na* de transplantatie wordt opgeheven.

5) *Voorstel tot een voorwaardelijke toestemmingsgebaseerde uitzondering*

227. De voorgaande analyse toont aan dat de opheffing van de anonimiteit verschillende nadelen kan meebrengen, zelfs indien er hiertoe langs beide kanten toestemming wordt gegeven. Nochtans is ook gebleken dat deze nadelen kunnen worden opgevangen door een aantal voorwaarden te stellen. Een toestemmingsgebaseerde uitzondering op het anonimiteitsgebod is m.i. dan ook verdedigbaar indien meer bepaald aan de volgende voorwaarden is voldaan:

- afwijking van het anonimiteitsgebod kan slechts **na** de transplantatie;¹⁰⁷⁵
- zowel de levende donor of de naasten van de overleden donor, als de ontvanger stemmen toe (**wederzijdse toestemming** of '*meeting match*');;
- de toestemming is vrij en moet uitgaan van de partijen op hun **eigen initiatief**;
- de partijen zijn voorafgaand **geïnformeerd**, in het bijzonder over het commercialiteitsverbod en over de psychosociale risico's;¹⁰⁷⁶
- er moet een **bedenktijd** doorlopen worden;¹⁰⁷⁷
- er moet minstens psychologische **begeleiding** vanuit het transplantatiecentrum beschikbaar zijn voor de initiële stappen in het ontmoetingsproces.¹⁰⁷⁸

Aangezien het soms nu al kan gebeuren dat donor en ontvanger elkaar op eigen houtje vinden,¹⁰⁷⁹ kunnen dergelijke ontmoetingen wegens de mogelijke nadelen maar beter omgeven

¹⁰⁷³ H.J.J. LEENEN, o.c., *NJB* 1978, (871) 871-872. Zie uitgebreid over gerichte orgaandonatie in de context van orgaanallocatie *infra* Deel VI, Hoofdstuk I, Afd. 3, § 3.

¹⁰⁷⁴ Zie *infra* Deel VI, Hoofdstuk I, Afd. 1, § 2, A.3. Vgl. ook *pro* de bevordering van het zelfbepalingsrecht door de opheffing van de anonimiteit: C. LEMMENS, *Voorafgaande wilsverklaringen met betrekking tot het levenseinde*, 2013, 126 en 863-864.

¹⁰⁷⁵ Vgl. N. MAMODE *et al.*, o.c., *Transplantation* 2013, (536) 538 en 539.

¹⁰⁷⁶ Vgl. N. MAMODE *et al.*, o.c., *Transplantation* 2013, (536) 540.

¹⁰⁷⁷ Vgl. N. MAMODE *et al.*, o.c., *Transplantation* 2013, (536) 537, waar gewag wordt gemaakt van een wachttijd van 6 maanden in het Verenigd Koninkrijk.

¹⁰⁷⁸ Vgl. N. MAMODE *et al.*, o.c., *Transplantation* 2013, (536) 540.

¹⁰⁷⁹ Vgl. N. MAMODE *et al.*, o.c., *Transplantation* 2013, (536) 539.

worden met de nodige waarborgen. De voorgestelde uitzonderingsregeling biedt deze waarborgen. Weliswaar kan het opheffen van anonimiteit in concrete gevallen niet meer teruggedraaid worden,¹⁰⁸⁰ zodat de implementatie van de voorgestelde regeling voorzichtig moet gebeuren.¹⁰⁸¹ Het zou daartoe bv. zeer nuttig zijn om een themaspecifiek symposium te organiseren, waarbij desgevallend concrete praktijkrichtlijnen kunnen worden overeengekomen.

§ 4. VOORSTEL TOT VERFIJNING

228. Op basis van de voorgaande analyse kan m.i. worden geconcludeerd dat de handhaving van het non-commercialiteitsbeginsel op verschillende punten verfijnd moet worden. Dit geldt voor beide luiken van het handhavingssysteem: de bestraffing en de preventie.

A. *Bestrafing*

229. In het strafrecht is het legaliteitsbeginsel van fundamenteel belang. Volgens dit beginsel is bestraffing, zoals al gezegd, enkel mogelijk indien ze werd voorgeschreven in een duidelijke, voorzienbare wettekst.¹⁰⁸² De strafrechtelijke handhaving van het non-commercialiteitsbeginsel veronderstelt dus een duidelijke omschrijving van de betreffende misdrijven.¹⁰⁸³ Weliswaar kan orgaanhandel in de praktijk veel verschillende vormen aannemen. Om op de mogelijke variaties en evoluties te anticiperen, moet dus ook een zekere flexibiliteit in de strafwet worden voorzien. Dit is uiteraard een moeilijke evenwichtsoefening. Hierbij is de verdere verzameling van betrouwbare gegevens over dit verschijnsel van groot belang om met inzicht doeltreffende strafbepalingen te kunnen formuleren.¹⁰⁸⁴

230. In het licht van de bovenstaande gedachte kan m.i. worden gesteld dat de huidige omschrijving van de misdrijven inzake orgaanhandel nog niet het juiste evenwicht heeft bereikt. Zo blijft artikel 4 Orgaantransplantatiewet vaag met betrekking tot de vraag *wie* op basis van deze bepaling kan worden gestraft; de mogelijke daders worden namelijk niet nader bepaald. Indien de wet strikt zou worden geïnterpreteerd lijken op het eerste gezicht soms enkel de donor en zijn nabestaanden (art. 4, § 1) en de wegnemende arts (art. 4, § 4) gevisieerd te worden.¹⁰⁸⁵ Nochtans vereist een effectieve bestraffing toch duidelijkheid op dit vlak, zodat alle essentiële actoren kunnen worden aangepakt in overeenstemming met het legaliteitsbeginsel. De voorgaande analyse heeft meer bepaald uitgewezen dat orgaanhandel doorgaans afhangt van de betrokkenheid van drie categorieën actoren: 1) donoren (of hun nabestaanden), 2) ontvangers en 3) verschillende mogelijke tussenpersonen (inclusief, maar niet uitsluitend de wegnemende arts).¹⁰⁸⁶ Een eerste verfijning van het huidige bestraffingsmechanisme moet m.i. dan ook zijn dat al deze actoren duidelijker in de wet worden gevisieerd. Het Europees Verdrag Orgaanhandel

¹⁰⁸⁰ “Website heft anonimiteit van orgaandonoren op”, *De Morgen* 19 oktober 2011, 10.

¹⁰⁸¹ Zie ook: F. DOBBELS *et al.*, *o.c.*, *Clin. Transplant* 2009, (375) 380.

¹⁰⁸² Cf. Deel II, Hoofdstuk II, Afd. 1.

¹⁰⁸³ R. TORFS in Verslag BROTCCHI en TEMMERMAN, *Parl. St.* Senaat 2010-11, nr. 5-666/3, 40. Zie ook: A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, 1999, 191, die ervoor pleit om duidelijk te omschrijven welke vormen van betaling geoorloofd kunnen zijn.

¹⁰⁸⁴ Vgl. A. CAPLAN *et al.*, *Trafficking in organs*, Joint Council of Europe/United Nations study, 2009, www.coe.int, 57 en 95. Zie ook: Resolution CM/Res(2013)55 on establishing procedures for the collection and dissemination of data on transplantation activities outside a domestic transplantation system, <https://wcd.coe.int>.

¹⁰⁸⁵ Cf. *supra* § 1, A.2. (m.b.t. de ontvanger) en B.1. (m.b.t. andere tussenpersonen dan de wegnemende arts) van deze Afdeling.

¹⁰⁸⁶ Vgl. Verslag BROTCCHI en TEMMERMAN, *Parl. St.* Senaat 2010-11, nr. 5-666/3, 24.

doet dit tot op zekere hoogte al wel, maar is m.i. onoverzichtelijk (m.n. art. 4 t.e.m. 9 en 11 van dit verdrag), zodat een al te letterlijke overname van de betreffende bepalingen niet aangeraden is. Daarnaast is m.i. een verdere verfijning van de bestraffingsmogelijkheden vereist met betrekking tot elk van deze actoren:

1. **Ten aanzien van de donor** (of zijn naasten) werd vastgesteld dat het vereiste van ‘onbetaalde’ donatie (art. 4, § 1 Orgaantransplantatiewet) niet geheel aansluit bij de *ratio legis* van het commercialiteitsverbod. Deze bepaling moet dan ook verfijnd worden door het verbod op ‘betaling’ te vervangen door een verbod op ‘winstoogmerk of ‘voordeelsoogmerk’, dan wel door ‘altruïsme’ te vereisen.¹⁰⁸⁷
2. **Ten aanzien van de ontvanger** moet, zoals gezegd, worden voorzien in een duidelijkere bestraffingsgrond. Naar analogie met de bestraffing van de donor moet daarbij het bezorgen van ‘winst’ of ‘voordeel’ (in plaats van ‘betaling’) in ruil voor de donatie verboden worden. Bovendien moet worden voorzien in de mogelijkheid om dit misdrijf ook in België te bestraffen wanneer de orgaanhandel plaatsvindt in het buitenland, al dan niet in het raam van mensenhandel.¹⁰⁸⁸ Dit betreft m.a.w. een bestraffing van het zgn. ‘transplantatietoerisme’, wat naar huidig recht nu nog een leemte is.
3. **Ten aanzien van tussenpersonen** moet, zoals gezegd, eveneens worden voorzien in een duidelijkere bestraffingsgrond opdat zeker niet enkel de wegnemende arts, maar ook de makelaars e.d. strafbaar zouden zijn (art. 4, § 4 Orgaantransplantatiewet). Daarnaast zal het vooral ten behoeve van deze tussenpersonen van belang zijn om de strafbaarstelling van mensenhandel met het oog op orgaanwegname te verfijnen (art. 433*quinquies*, § 1, 4° Sw.). Zo moet preciezer worden aangegeven welke schendingen van de Orgaantransplantatiewet kunnen leiden tot mensenhandel, zodat een té ruime bestraffing in situaties buiten de context van exploitatie wordt vermeden.
4. **Ten aanzien van alle actoren** moeten met betrekking tot het publiciteitsverbod (art. 4, § 3 Orgaantransplantatiewet) de notie ‘onder de aandacht brengen’ in de Nederlandstalige tekst en de notie ‘*rendre public*’ in de Franstalige tekst beter op elkaar worden afgestemd. Ofwel wordt (m.i. terecht) gekozen voor de ruime, Nederlandstalige versie. Ofwel wordt gekozen voor een verfijning van de Nederlandstalige versie volgens de Franstalige versie, wat meer in de lijn van Richtlijn 2010/53/EU lijkt te liggen.

B. Preventie

231. Naast de bestraffing *post factum* moet ook preventie worden beschouwd als een belangrijke vorm van handhaving van het non-commercialiteitsbeginsel. Deze preventie bestaat hier uit drie facetten: 1) het anonimiteitsgebod, 2) de preventieve functie van bestraffing en 3) de bestrijding van het orgaantekort.

1. Het anonimiteitsgebod

232. Een belangrijke en effectieve maatregel ter preventie van orgaanhandel tussen (de nabestaanden van) de donor en de ontvanger is het waarborgen van de anonimiteit tussen

¹⁰⁸⁷ Cf. *supra* § 1, A.1.b. van deze Afdeling.

¹⁰⁸⁸ Cf. *supra* § 2, B.2. van deze Afdeling.

hen.¹⁰⁸⁹ Niettemin is een verfijning van het bestaande anonimiteitsgebod (art. 4*bis* Orgaantransplantatiewet) niet ondenkbaar. Om een beter evenwicht te vinden tussen de private belangen van (de nabestaanden van) de donor en de ontvanger enerzijds en het algemeen belang anderzijds kan worden verdedigd om te voorzien in de voorwaardelijke mogelijkheid tot opheffing van de anonimiteit op basis van wederzijdse toestemming.¹⁰⁹⁰ Hoe dan ook zal het anonimiteitsgebod geen echte preventiewaarde hebben indien de orgaanhandel geschiedt via tussenpersonen.

2. De preventieve functie van bestraffing

233. Voor de gevallen waarin anonimiteit niet wenselijk of mogelijk is, zal vertrouwd moeten worden op de preventieve waarde van de bestraffing.

Enerzijds veronderstelt dit voldoende afschrikkende strafsancties opdat de verschillende actoren niet meer tot orgaanhandel durven overgaan.¹⁰⁹¹ Met betrekking tot het verbod op mensenhandel met het oog op orgaanwegneming lijkt op dit punt geen probleem te bestaan (*cf.* art. 433*quinqües-novies* Sw.). Met betrekking tot het verbod op orgaanhandel (art. 4 Orgaantransplantatiewet) lijkt een strengere bestraffing daarentegen wel nuttig te kunnen zijn. Terwijl voor alle actoren nu dezelfde strafmaat geldt, kan daarbij in de toekomst een zekere dynamiek worden geïntroduceerd. Zo zouden de tussenpersonen strenger gestraft kunnen worden dan de donor of de ontvanger, aangezien deze laatsten vaak slechts handelen uit wanhoop (bv. armoede van de donor of doodsangst van de ontvanger).¹⁰⁹² Bepalen welke strafmaat dan precies moet worden toegepast, valt echter buiten het bestek van dit proefschrift.¹⁰⁹³ Op zijn minst moet de wetgever de huidige gevangenisstraf (3 maanden tot 1 jaar)¹⁰⁹⁴ gelijkstellen aan de gevangenisstraf in het raam van de Wet Menselijk Lichaamsmateriaal (1 tot 5 jaar)¹⁰⁹⁵. Het komt immers vreemd over dat schending van het commercialiteitsverbod ten aanzien van weefsels en cellen strenger wordt bestraft dan de verkoop van organen.

Anderzijds veronderstelt dit logischerwijze ook een effectief vervolgingsapparaat. Zo niet, dan zullen de actoren, vaak gedreven door de vooruitblik van grote gezondheids- of financiële winst, ondanks hoge strafmaten niet worden afgeschrikt. Aangezien orgaanhandel in de praktijk vaak een grensoverschrijdend probleem betreft, is er meer bepaald nood aan coördinatie en samenwerking tussen de betrokken landen.¹⁰⁹⁶ Anders verplaatst het misdrijf

¹⁰⁸⁹ Supra inzake de *ratio legis* van het anonimiteitsgebod.

¹⁰⁹⁰ *Cf. supra* § 3, E.2.b.5) van deze Afdeling.

¹⁰⁹¹ Op Europees niveau werd al verschillende malen het vereiste van doeltreffende, evenredige en *afschrikkende* sancties vooropgesteld. EU: considerans 25 Richtlijn 2010/53/EU; art. 4, lid 4 Richtlijn 2011/36/EU. Raad van Europa: art. 12 Europees Verdrag Orgaanhandel; art. 23, lid 2 Europees Verdrag Mensenhandel.

¹⁰⁹² Zie ook: Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2010-2011, nr. 53-1202/1, 5 en Verslag BROTCCHI en TEMMERMAN, *Parl. St.* Senaat 2010-11, nr. 5-666/3, 6; F. BILGEL, *The law and economics of organ procurement*, 2011, 130.

¹⁰⁹³ Zie bv. Amendement nr. 1 bij het wetsvoorstel tot het strafbaar stellen van commerciële orgaanhandel en orgaantoerisme, *Parl. St.* Senaat 2010-11, nr. 5-677/3, 1 (gevangenisstraf van 6 maanden tot 2 jaar en/of een geldboete van 2.000 tot 20.000 euro).

¹⁰⁹⁴ Art. 4 *iuncto* art. 17, § 3, lid 1 Orgaantransplantatiewet.

¹⁰⁹⁵ Art. 6, § 1 *iuncto* 24, § 1, laatste lid Wet Menselijk Lichaamsmateriaal.

¹⁰⁹⁶ M. COOPMAN, *o.c.*, *Jura Falc.* 2007-08, (383) 415. Raad van Europa: Art. 1, lid 1, c, art. 17 en art. 22 Europees Verdrag Orgaanhandel; Aanbeveling 1611 (2003) van de Parlementaire vergadering van de Raad van Europa over mensenhandel in Europa, <http://www.coe.int>, nrs. i.b, ii en iv.j.; Aanbeveling Rec(2004)7 van 19 mei 2004 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa aan de lidstaten over orgaanhandel, <http://www.coe.int>, appendix art. 6.1. Europese Unie: Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité over het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake kwaliteits- en veiligheidsnormen voor menselijke organen, bestemd voor transplantatie, *Pb. C.* 16 december 2009, afl. 306, nr. 1.3.; European Parliament resolution of 19 May 2010 in the Commission Communication: Action plan on Organ Donation and Transplantation (2009-2015): Strengthened Cooperation between Member States (2009/2104(INI)), <http://www.europarl.europa.eu>, nr. 43; Council conclusions on organ donation and transplantation, *Pb. C.* 21 december 2012, afl. 396, nr. 6.5. WHO: Resolutie WHA42.5 on preventing the purchase and sale of human organs, 42nd World Health Assembly, Geneve, 8-19 mei 1989, <http://who.int>.

zich gewoon naar de landen met het minst strenge handhavingssysteem (*spill-over* effect).¹⁰⁹⁷ Hierbij is het efficiënter om te werken met gemeenschappelijke internationale regelingen in plaats van louter bilaterale.¹⁰⁹⁸ Voor mensenhandel met het oog op orgaanwegname is dit reeds het geval.¹⁰⁹⁹ Voor orgaanhandel in het algemeen kan het Europees Verdrag Orgaanhandel in de toekomst wellicht een belangrijke rol spelen, nu dit verdrag een brede lading van maatregelen dekt¹¹⁰⁰ en niet enkel zal kunnen gelden binnen Europa maar ook daarbuiten¹¹⁰¹.

3. De bestrijding van het orgaantekort

234. Echter ook de bestraffing zal wegens de grote gezondheids- of financiële winst die te behalen valt met orgaanhandel, wellicht niet steeds een ontradend effect hebben. Dit leidt tot het besef dat orgaanhandel pas echt kan worden uitgeroeid door het probleem bij de wortel aan te pakken. Het staat vast dat orgaanhandel (en mensenhandel met het oog op orgaanwegname) het gevolg is van het grote orgaantekort.¹¹⁰² Welnu, om deze handel te voorkomen, zal dus logischerwijze het orgaantekort zoveel mogelijk moeten worden weggewerkt door de beschikbaarheid van organen te vergroten of de vraag ernaar te doen dalen.¹¹⁰³ Zo zou ieder land een staat van ‘*self-sufficiency*’ moeten bereiken, zodat de burgers van dat land niet meer geneigd zouden zijn om zicht te wenden tot (grensoverschrijdende) orgaanhandel.¹¹⁰⁴

Het wegwerken van het orgaantekort is evenwel geen sinecure. In termen van regelgeving kan aan verschillende maatregelen gedacht worden. Het legaliseren van orgaanhandel via de invoering van een gereguleerde orgaanmarkt moet, zoals al gezegd, minstens voorlopig worden afgewezen.¹¹⁰⁵ De vraag is dus welke maatregelen ethisch-juridisch wel aanvaardbaar zijn. Doorheen de rest van dit proefschrift zal hierop een alternatief antwoord worden gezocht, beginnende met de overige opties op organisatorisch vlak.

¹⁰⁹⁷ F. BILGEL, *The law and economics of organ procurement*, 2011, 130-131; L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 17.

¹⁰⁹⁸ Vgl. *Vr. en Antw. Senaat* 2006-07, 7 september 2006 (Vr. nr. 3-5842 DE ROECK).

¹⁰⁹⁹ Cf. *supra* § 2 van deze Afdeling.

¹¹⁰⁰ De verwezenlijking van deze maatregelen zal bovendien worden opgevolgd en gecoördineerd door een Comité van Partijen (art. 23-25 Europees Verdrag Orgaanhandel).

¹¹⁰¹ Art. 28 Europees Verdrag Orgaanhandel; M. LÓPEZ-FRAGA *et al.*, *o.c.*, *The Lancet* 2014, 2187-2189.

¹¹⁰² Aanbeveling Rec(2004)7 van 19 mei 2004 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa aan de lidstaten over orgaanhandel, <http://www.coe.int>; Mededeling van de Commissie - Orgaandonatie en transplantatie: beleidsmaatregelen op EU-niveau, COM(2007)275, <http://eur-lex.europa.eu>, 2 en 3-4; European Parliament resolution of 19 May 2010 in the Commission Communication: Action plan on Organ Donation and Transplantation (2009-2015): Strengthened Cooperation between Member States (2009/2104(INI)), <http://www.europarl.europa.eu>, litt. L en nr. 35; A. CAPLAN *et al.*, *Trafficking in organs*, Joint Council of Europe/United Nations study, 2009, www.coe.int, 12, 21-22 en 55; Preamble van de WHO Guiding Principles on Human Organ Transplantation (1991), <http://www.who.int>; Preamble WHO Guiding principles on Human Cell, Tissue and Organ Transplantation (2010).

¹¹⁰³ Aanbeveling 1611 (2003) van de Parlementaire vergadering van de Raad van Europa over mensenhandel in Europa, <http://www.coe.int>, nrs. 9, iv.d en iv.e; Aanbeveling Rec(2004)7 van 19 mei 2004 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa aan de lidstaten over orgaanhandel, <http://www.coe.int>, appendix art. 3; Y. SHIMAZONO, *o.c.*, *Bull. World Health Organ.* 2007, (955) 959-960; Preamble Verklaring van Istanbul (2008); Mededeling van de Commissie - Actieplan inzake orgaandonatie en transplantatie (2009-2015): hechtere samenwerking tussen de lidstaten, COM(2008)819, <http://eur-lex.europa.eu>, 7; Toelichting bij voorstel voor een Richtlijn, COM(2008) 818 (definitief), <http://eur-lex.europa.eu>, 2; Verslag SNOY ET D’OPPUERS (subsidiariteitsadvies), *Parl. St. Kamer* 2008-09, nr. 52-1766/1, 6; A. CAPLAN *et al.*, *Trafficking in organs*, Joint Council of Europe/United Nations study, 2009, www.coe.int, 95 en 98; J. SÁNDOR *et al.*, *o.c.* in F. AMBAGTSHEER en W. WEIMAR (eds.), *The EU/OD Project*, 2013, (147) 162 en 168; H. NYS, “Removal of Organs in the EU”, *European Ethical-Legal Papers* N° 4, Leuven, 2007, 57, waar hij pleit voor een *presumed consent*-systeem. Zie ook: art. 21, lid 1 Europees Verdrag Orgaanhandel, waar ter preventie van orgaanhandel onder meer wordt aangestuurd op het voorzien in ‘*equitable access*’ tot transplantatiediensten voor ontvangers. Weliswaar zal het wegwerken van het orgaantekort op zich reeds de toegang tot transplantatie verbeteren.

¹¹⁰⁴ Principe 5 Verklaring van Istanbul; L. NOËL en D. MARTIN, “Progress towards national self-sufficiency in organ transplants”, *Bull. World Health Organ.* 2009, 647.

¹¹⁰⁵ Cf. *supra* Hoofdstuk I, Afd. 1, § 3 van dit Deel.

Hoofdstuk II. Erkenningsnormen voor de actoren

235. De naleving van de Orgaantransplantatiewet werd juridisch ingebed in een samenwerkingsstructuur van verschillende actoren die aan erkenningsnormen moeten voldoen. Deze organisatie vindt niet enkel haar basis in de Orgaantransplantatiewet zelf, maar ook in de gecoördineerde wet van 10 juli 2008 op de ziekenhuizen en andere verzorgingsinstellingen¹¹⁰⁶ (verkort: Ziekenhuiswet).¹¹⁰⁷ Deze vaststelling speelt een rol voor de handhaving van de desbetreffende regels. Zowel artikelen 17 t.e.m. 19 Orgaantransplantatiewet, als artikelen 128 t.e.m. 131 Ziekenhuiswet voorzien immers in een strafrechtelijke aansprakelijkheid voor de overtreding van deze regels.¹¹⁰⁸

Zoals zal blijken, is de organisatie van de transplantatiesector verweven met de twee achterliggende beleidsdoelen van de Orgaantransplantatiewet: het wegwerken van het orgaantekort en het garanderen van orgaankwaliteit en -veiligheid. In wat volgt wordt ingegaan op de organisatie zoals ze juridisch werd voorzien. Voor de goede orde wordt hierbij een onderscheid gemaakt tussen de actoren die betrokken zijn bij de individuele transplantatieprocedures (afd. 1) en de actoren die buiten (of boven) deze transplantatieprocedures functioneren (afd. 2). Al deze actoren worden hierna besproken om te kunnen bepalen of er verbetering mogelijk is (afd. 3).

Afdeling 1. Actoren binnen een transplantatieprocedure

236. Een transplantatieprocedure is een complex gegeven. Dit is hierboven al gebleken doordat een transplantatieprocedure bestaat uit verschillende achtereenvolgende of overlappende stappen, die vaak snel en (bij overleden donoren) onverwacht moeten plaatsvinden.¹¹⁰⁹ Daarbij komt nog dat samenwerking vereist is tussen vele verschillende disciplines (medische en niet-medische).¹¹¹⁰ Achtereenvolgens komen aan bod: het personeel in het algemeen (§ 1), de transplantatiecentra (§ 2), de functies “lokale donorcoördinatie” (§ 3), de twee orgaanspecifieke actoren, nl. de zorgprogramma’s cardiale pathologie T en de centra voor chronische nierinsufficiëntie (§ 4), de Europese orgaanuitwisselingsorganisatie (§ 5), de laboratoria (§ 6) en de orgaanvervoerders (§ 7).

§ 1. PERSONEEL: ALGEMEEN

237. Naast de donor en de ontvanger vereist een transplantatieprocedure de medewerking van verschillende personen. Dit zijn niet enkel artsen (o.a. chirurgen, intensivisten, anesthesisten, enz.), maar onder meer ook verpleegkundigen, laboranten, ambulanciers, administratieve bedienden en sociaal assistenten. Één transplantatieprocedure zou blijkbaar soms de tussenkomst van wel meer dan 100 medewerkers kunnen vereisen.¹¹¹¹

¹¹⁰⁶ BS 7 november 2008.

¹¹⁰⁷ Zie met name artt. 12, 58, 66, 67 en 82 Ziekenhuiswet.

¹¹⁰⁸ Het gaat telkens om wanbedrijven, maar de strafmaat verschilt. Wanneer deze wanbedrijven eenzelfde feit uitmaken, zal enkel de zwaarste straf worden uitgesproken (art. 65, lid 1 Sw.).

¹¹⁰⁹ Cf. *supra* Deel II, Hoofdstuk III, Afd. 2.

¹¹¹⁰ W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties: oorzaken en oplossingen in juridisch perspectief*, Arnhem, Gouda Quint, 1992, 163.

¹¹¹¹ “Organ Donation and Transplantation Policy Options at EU Level. Consultation Document”, <http://ec.europa.eu/health>, 7; B. MIRANDA *et al.*, “Espagne: record européen des dons d’organes” in P. MORRIS, *et al.* (eds.), *Regard éthique: les transplantations*, Straatsburg, Éditions du Conseil de l’Europe, 2003, (151) 153.

In lijn met het opstellen van een overkoepelend kader voor kwaliteit en veiligheid overeenkomstig het eerste lid van artikel 3*bis* Orgaantransplantatiewet bepaalt het tweede lid van dit artikel dat het personeel in de gezondheidszorg dat betrokken is in alle stadia van de keten van donatie tot transplantatie of verwijdering, naar behoren ‘gekwalificeerd of opgeleid en bekwaam’ moet zijn.¹¹¹² Met deze formulering wou de wetgever duidelijk maken dat degene die beschikt over een kwalificatie/titel of opleiding (wat op een abstracte manier de competentie aantoonst) ook daadwerkelijk van voldoende bekwaamheid moet getuigen.¹¹¹³ Er wordt met andere woorden gekozen voor een *in concreto* bekwaamheidstoetsing. Dit biedt patiënten een grotere waarborg. Verder vult artikel 3*bis*, lid 2 *in fine* Orgaantransplantatiewet deze bekwaamheidsvoorwaarde aan door te bepalen dat dit personeel opleidingsprogramma’s die voor hen worden georganiseerd, moet volgen. Deze bekwaamheids- en opleidingsvereisten werden quasi letterlijk overgenomen uit artikel 4, lid 3 en artikel 12 Richtlijn 2010/53/EU.¹¹¹⁴

238. Hoewel de gedachte achter artikel 3*bis*, lid 2 Orgaantransplantatiewet bijval verdient, is de wettelijke uitwerking van deze gedachte voor kritiek vatbaar. Zo merkte de Raad van State (afdeling wetgeving) terecht op dat met de huidige wettekst het doel van artikelen 4, lid 3 en 12 Richtlijn 2010/53/EU (nl. het effectief bestaan van kwalificatie-, opleidings- en bekwaamheidsvereisten) nog niet wordt bereikt.¹¹¹⁵ Ter omzetting van voornoemde richtlijnbepalingen had de wetgever eigenlijk zelf concrete bekwaamheids-, opleidings- en kwalificatievereisten moeten invoeren.

In het raam van de regeling voor transplantatiecentra bestonden bovendien al vóór de invoering van artikel 3*bis*, lid 2 Orgaantransplantatiewet enkele specifieke kwalificatiebepalingen.¹¹¹⁶ Hier kan artikel 3*bis*, lid 2 Orgaantransplantatiewet dus overbodig worden genoemd.¹¹¹⁷

Ten slotte komt artikel 3*bis*, lid 2 Orgaantransplantatiewet enigszins beperkt over. Het voert slechts een bekwaamheids- en opleidingsvoorwaarde is voor het personeel ‘in de gezondheidszorg’ en dit slechts voor de stadia van de keten van donatie tot transplantatie. Wil dit dan zeggen dat er voor het personeel buiten de gezondheidszorg (bv. administratief bedienden) of voor de personeelsbetrokkenheid na transplantatie (bv. *follow up*) niet langer bekwaamheid moet zijn? Uiteraard niet, aangezien het gedrag van ieder personeelslid in iedere fase kan getoetst worden aan de algemene zorgvuldigheidsnorm. Optreden zonder over de nodige bekwaamheid te beschikken kan worden beschouwd als een fout, die, mits schade, tot burgerrechtelijke aansprakelijkheid of, mits slagen en verwondingen, tot strafrechtelijke aansprakelijkheid kan leiden.

§ 2. TRANSPLANTATIECENTRA

239. Een transplantatiecentrum is een medische dienst van een ziekenhuis die organen wegneemt en transplanteert en als zodanig is erkend op basis van het KB van 23 juni 2003

¹¹¹² Dergelijke bekwaamheidsvoorwaarde werd specifiek herhaald in: art. 3*ter*, § 3 Orgaantransplantatiewet (personeel van laboratoria), conform art. 7, lid 4 Richtlijn 2010/53/EU; art. 10, § 1, 2° en art. 10/2 KB Transplantatiecentra (personeel van de transplantatiecentra); art. 9 KB Lokale donorcoördinatie (pluridisciplinair team van de functie “lokale donorcoördinatie”).

¹¹¹³ Vgl. memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2011-12, nr. 53-2158/1, 18.

¹¹¹⁴ De bekwaamheids- en opleidingsvoorwaarde uit art. 15, § 2 (donorselectie) Richtlijn 2010/53/EU werd niet uitdrukkelijk overgenomen.

¹¹¹⁵ Advies van de Raad van State, *Parl. St. Kamer* 2011-12, nr. 53-2158/1, 56.

¹¹¹⁶ Zie met name art. 6, § 2 KB Transplantatiecentra en art. 46 KB Cardiale Pathologie.

¹¹¹⁷ Advies van de Raad van State, *Parl. St. Kamer* 2011-12, nr. 53-2158/1, 56.

houdende vaststelling van de normen waaraan een transplantatiecentrum moet voldoen om te worden erkend als medische dienst zoals bedoeld in artikel 44 van de wet op de ziekenhuizen¹¹¹⁸ (verkort: KB Transplantatiecentra).¹¹¹⁹ In België zijn er thans 7 erkende transplantatiecentra, namelijk in het UZ Leuven, het UZ Antwerpen, het UZ Gent, het UZ Brussel, de Cliniques Universitaires Saint-Luc te Brussel, het Hôpital Erasme te Brussel en het Centre Hospitalier Universitaire de Liège.¹¹²⁰

De transplantatiecentra bekleden dé centrale plaats in een transplantatieprocedure. Artikel 3, §§ 2 en 3 Orgaantransplantatiewet bepaalt immers dat het wegnemen en transplanteren van organen in principe moet plaatsvinden *in* een transplantatiecentrum én *door een arts van* een transplantatiecentrum.¹¹²¹ De wet voorziet bijgevolg in een welomschreven ziekenhuismonopolie (*infra* A) en artsenmonopolie (*infra* B). Het gaat hier om een wettelijke beperking op het beginsel van vrije keuze van beroepsbeoefenaar¹¹²² en van gezondheidszorgvoorziening¹¹²³. Binnen de grenzen van deze monopolies kan de patiënt nog wel vrij kiezen tussen de verschillende transplantatiecentra en artsen.¹¹²⁴

A. Ziekenhuismonopolie

1. Algemeen

240. Een transplantatiecentrum kan niet in eender welk ziekenhuis worden opgericht. Het kan enkel worden uitgebaat door een universitair ziekenhuis in de zin van artikel 4 Ziekenhuiswet.¹¹²⁵ De bedoeling van dit ziekenhuismonopolie is om orgaanwegnemingen en -transplantaties wegens hun complexe aard voor te behouden aan erkende instellingen die een adequaat en aangepast medisch, medisch-technisch, verpleegkundig, paramedisch en logistiek kader bieden.¹¹²⁶ De keuze voor universitaire ziekenhuizen waarborgt daarenboven een sterk wetenschappelijke omkadering, alsook de vereiste expertise en infrastructuur voor topreferentiezorg en een actieve evaluatie van medische activiteiten.¹¹²⁷ De wegneming en transplantatie zullen met andere woorden in een kwaliteitsvolle en veilige, kortom verantwoorde setting kunnen plaatsvinden.¹¹²⁸ Dit is noodzakelijk voor het gezondheidsbelang

¹¹¹⁸ BS 4 augustus 2003.

¹¹¹⁹ Art. 1 en 1/1, 1° KB Transplantatiecentra; art. 1^{ter}, 15° Orgaantransplantatiewet. Met deze omschrijving worden de definities van “*verkrijgingsorganisatie*” en “*transplantatiecentrum*” uit art. 3, k) en r) Richtlijn 2010/53/EU samengevoegd, aangezien het gelet op de taken van de Belgische transplantatiecentra niet nuttig was om dergelijk onderscheid te handhaven (memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2011-12, nr. 53-2158/1, 12-13).

¹¹²⁰ Zie: www.hospindex.be; www.transplant.be; *Vr. en Antw.* Kamer 2008-09, 14 januari 2009 (Vr. nr. 168 P.-Y. JEHOLET).

¹¹²¹ Overtreding van deze voorwaarde kan worden bestraft met een gevangenisstraf van 3 tot 6 maanden en/of een geldboete van 500 tot 5.000 euro (art. 17, § 1 Orgaantransplantatiewet).

¹¹²² Art. 6 Wet Patiëntenrechten.

¹¹²³ F. DEWALLENS en P. SCHOUKENS, “Het recht op vrije keuze van beroepsbeoefenaar” in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume I*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (311) 317-318; art. 127, § 1, c) GVU-wet. Zie ook specifiek: Advies over het programma inzake de erkenningscriteria van de centra voor orgaantransplantatie van 10 september 1998 van de Nationale Raad voor Ziekenhuisvoorzieningen, www.health.belgium.be, 3.

¹¹²⁴ Zo kan een nierpatiënt bv. kiezen tussen een niertransplantatie in het UZ Antwerpen, dan wel in het UZ Leuven of bv. kiezen voor niertransplantatie in het UZ Antwerpen maar nazorg door een nefroloog in een ander ziekenhuis dat dichterbij huis ligt.

¹¹²⁵ Art. 3 KB Transplantatiecentra. Vgl. voor Frankrijk: art. L1234-2, lid 2 Code de la Santé Publique.

¹¹²⁶ Art. 2 Ziekenhuiswet; memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 1984-1985, nr. 832/1, 6; Verslag HANQUET, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 832/2, 11; M. DEFEVER, “The policies of organ transplantation in Europe: issues and problems”, *Health policy* 1990, (95) 98. Zie ook: art. 6, §§ 2 en 3 Richtlijn 2010/53/EU.

¹¹²⁷ Art. 1 KB van 7 juni 2004 tot vaststelling van de voorwaarden om te worden aangewezen als universitair ziekenhuis, universitaire ziekenhuisdienst, universitair ziekenhuisfunctie of universitair zorgprogramma, BS 10 augustus 2004.

¹¹²⁸ Zie ook al: W. DREESSEN, *o.c.*, *Jura Falc.* 1984-85, (500) 515 en 522; I. BOONE, *o.c.*, *TPR* 1996, (91) 100.

van de ontvanger en de levende donor,¹¹²⁹ alsook om het vertrouwen van het publiek met het oog op donatiebereidheid te waarborgen.

De transplantatiecentra zijn verantwoordelijk voor de meeste kwaliteits- en veiligheidsmaatregelen die werden vooropgesteld door Richtlijn 2010/53/EU en de Orgaantransplantatiewet.¹¹³⁰ Hierop zal in Deel VI (hoofdstuk II) van dit proefschrift uitvoerig worden ingegaan. Het volstaat voorlopig om te vermelden dat ieder transplantatiecentrum een kwaliteitszorgsysteem moet uitwerken en toepassen op basis van de beginselen van goede praktijk.¹¹³¹ Specifiek moet ieder transplantatiecentrum een kwaliteitshandboek met een minimum aantal bij KB bepaalde werkprocedures¹¹³² uitwerken.¹¹³³ Hiermee wordt een zekere vrijheid gegeven aan de praktijk. De beginselen van goede praktijk kunnen hierbij voor een zekere uniformiteit onder de centra zorgen.

241. Het transplantatiecentrum wordt in principe binnen hetzelfde ziekenhuis uitgbaat op één vestigingsplaats.¹¹³⁴ Het centrum moet er beschikken over een voorraad rode bloedcellenconcentraat en bloedderivaten of het ziekenhuis moet beschikken over een bloedbank die op ieder ogenblik de bloedproducten kan leveren.¹¹³⁵

242. Om erkend te blijven moeten de transplantatiecentra een relatieve minimumactiviteit bereiken. Met ingang van 1 januari 2004 moet elk transplantatiecentrum de opeenvolgende periode van drie jaar telkens een aantal organen wegnemen bij overleden donoren dat tenminste de helft bedraagt van het totaal aantal organen dat door het transplantatiecentrum wordt getransplanteerd.¹¹³⁶ Deze regel waarborgt dat ieder centrum bijdraagt aan het orgaanaanbod.

Er werd niet voorzien in een absoluut minimumaantal wegnemingen of transplantaties, zoals bv. wel het geval is in de Verenigde Staten.¹¹³⁷ Een absolute minimumactiviteit kan nochtans voordelen hebben. Dit zal leiden tot centralisatie van het volume wegnemingen/transplantaties en tot specialisatie zodat de hoogst mogelijke ervaring kan worden opgedaan en een grotere kwaliteit en veiligheid kan worden gewaarborgd.¹¹³⁸

¹¹²⁹ Zie ook: D. MINTEN m.m.v. W. DIJKHOFFZ, *Gezondheidsrecht toegepast. Recht voor vroedvrouwen en verpleegkundigen*, Antwerpen, Intersentia, 2011 (2^{de} ed.), 165.

¹¹³⁰ Zie m.n. art. 10/4 e.v. KB Transplantatiecentra. Het betreft de karakterisering, de vervoersmodaliteiten, de traceerbaarheid, de melding en het beheer van ernstige ongewenste voorvallen en bijwerkingen, het bijhouden van registers en verslagen en de opvolging van levende donoren.

¹¹³¹ Art. 10/3, lid 1 KB Transplantatiecentra.

¹¹³² Zie *supra* Deel II, Hoofdstuk I, Afd. 2, § 2.

¹¹³³ Art. 10/3, lid 2 KB Transplantatiecentra. Conform art. 4, lid 2 Richtlijn 2010/53/EU. Zie ook al: Advies van 13 maart 2003 van de Nationale Raad voor Ziekenhuisvoorzieningen betreffende de erkenning van de transplantatiecentra als ziekenhuisfunctie, www.health.belgium.be, nr. 2.3.

¹¹³⁴ Art. 2, § 3 KB Transplantatiecentra.

¹¹³⁵ Art. 5 KB Transplantatiecentra. Dit KB is volgens haar art. 2, § 2, 3^o evenwel niet van toepassing op het overbrengen van perifeer bloed, zijnde de componenten en derivaten ervan die behoren tot het toepassingsgebied van de wet van 5 juli 1994 betreffende bloed en bloedderivaten van menselijke oorsprong (BS 8 oktober 1994).

¹¹³⁶ Art. 4 KB Transplantatiecentra. Zie ook: Recommendation Rec(2004)19 of the Committee of Ministers to member states on criteria for the authorisation of organ transplantation facilities, <https://wcd.coe.int>, aanbeveling nr. 6.

¹¹³⁷ 42 C.F.R. § 482.80(b): “To be considered for initial approval, an organ-specific transplant center must generally perform 10 transplants over a 12-month period”; 42 C.F.R. § 482.82(b): “To be considered for re-approval, an organ-specific transplant center must generally perform an average of 10 transplants per year during the re-approval period”.

¹¹³⁸ Vgl. Advies van 31 januari 2015 van de KAGB over de concentratie van complexe zorg, www.zorg-en-gezondheid.be, waar weliswaar geen concrete aanbeveling inzake transplantatiechirurgie werd gedaan; H. RIGTER en M.A. BOS, “The diffusion of organ transplantation in Western Europe”, *Health Policy* 1990, vol. 16, (133) 142; Recommendation Rec(2004)19 of the Committee of Ministers to member states on criteria for the authorisation of organ transplantation facilities, <https://wcd.coe.int>; A. LENNERLING *et al.*, “Living organ donation practices in Europe – results from an online survey”, *Transplant Int.* 2013, vol. 26, (145) 151 en 152; L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 127; E.B. BRODY, *Biomedical technology and human rights*, Aldershot, Dartmouth, 1993, 118. Zie ook al: advies van de Nationale Raad voor ziekenhuisvoorzieningen van 12 mei 2011 m.b.t. orgaanwegneming en –transplantatie, <http://www.health.belgium.be>, 9; X., “Organ Donation and Transplantation” in S. SANBAR *et*

2. Ziekenhuismonopolie voor orgaanwegneming

a. Orgaanwegneming bij leven

243. Indien de wegneming betrekking heeft op een orgaan van een *levende* donor, dan moet ze in een transplantatiecentrum plaatsvinden.¹¹³⁹ Behoudens de (veeleer theoretische) mogelijkheid van een noodtoestand,¹¹⁴⁰ mag hier niet van worden afgeweken. Dit is logisch, aangezien de gezondheid van de levende donor vooralsnog de waarborg van de wetenschappelijke, hoogtechnologische en gespecialiseerde setting van een transplantatiecentrum vereist.

De wet verplicht weliswaar niet dat de wegneming enerzijds en het transplanteren anderzijds in hetzelfde transplantatiecentrum moeten geschieden. Idealiter is dit wel het geval, om het vervoerrisico (m.n. de ischemietijd¹¹⁴¹) te beperken.¹¹⁴² Toch zouden de wegneming en transplantatie in verschillende ziekenhuizen kunnen plaatsvinden om de anonimiteit¹¹⁴³ te waarborgen, zoals bv. bij een *cross-over* donatie.¹¹⁴⁴ In het geval van samenwerking tussen transplantatiecentra voor dergelijke *cross-over* donatie moeten deze centra een schriftelijk, juridisch geformaliseerd samenwerkingsakkoord met elkaar sluiten.¹¹⁴⁵

b. Orgaanwegneming na overlijden

244. Indien de wegneming betrekking heeft op een orgaan van een *overleden* donor, dan moet ze plaatsvinden in een transplantatiecentrum *of* in een ander ziekenhuis.¹¹⁴⁶ Dit kan worden verklaard vanuit praktische redenen,¹¹⁴⁷ maar ook vanuit het feit dat de gezondheid van de overledene niet langer een factor is die de specifieke setting van een transplantatiecentrum vereist. Weliswaar mag de wegneming *post mortem* niet in eender welk ander ziekenhuis plaatsvinden. Er zijn twee voorwaarden.

Eerst moet het gaan om een ziekenhuis ‘zoals gedefinieerd in de Ziekenhuiswet’.¹¹⁴⁸ Gelet op artikel 1 Ziekenhuiswet volgt uit deze voorwaarde dat orgaanwegneming bij een overledene niet mag plaatsvinden in een *militair ziekenhuis*.¹¹⁴⁹ Deze beperking kan evenwel nefast zijn voor (ontoereikende) orgaanaanbod. Er valt niet in te zien waarom orgaanwegneming na overlijden niet ook in een militair ziekenhuis zou mogen plaatsvinden. Deze voorwaarde kan dus beter worden aangepast, naar het voorbeeld van artikel 4, § 1 Wet Menselijk Lichaamsmateriaal en het Franse artikel L1235-7 Code de la Santé Publique.¹¹⁵⁰

al. (eds.), *Legal Medicine*, St. Louis, Mosby, 2004 (6^{de} ed.), (271) 287, waar werd gesteld dat een hoger patiëntvolume tot een daling van de algemene transplantatiekost leidde.

¹¹³⁹ Art. 3, § 3 Orgaantransplantatiewet. Conform art. 5 en art. 6, lid 2 en 3 Richtlijn 2010/53/EU. Dit was voorheen niet uitdrukkelijk vereist. Zie: vorig art. 2, § 2 KB van 24 november 1997 betreffende het wegnemen en toewijzen van organen van menselijke oorsprong (BS 23 december 1997) *iuncto* vorig art. 2, § 1, lid 1 KB Transplantatiecentra.

¹¹⁴⁰ Zie over de voorwaarden van de noodtoestand *infra* Deel IV, Hoofdstuk II, Afd. 2., § 2, D.1.

¹¹⁴¹ Zie *supra* Deel I, Hoofdstuk I, Afd. 2, § 1.

¹¹⁴² Vgl. Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2011-12, nr. 53-2158/1, 17. Vgl. *Frankrijk*: om het vervoersrisico te vermijden, werd bepaald dat een instelling slecht vergund kan worden voor orgaanwegneming bij levende donoren indien ze ook transplantaties uitvoeren (Rapport P.-L. FAGNIEZ, n° 761, 9 april 2003, *Projet de loi relatif à la bioéthique*, 65). Ook zou dit tot een betere coördinatie tussen wegneming en transplantatie kunnen leiden (zie: N. NEFUSSY-LEROY, *Organes humains*, 1999, 63).

¹¹⁴³ Art. 4bis Orgaantransplantatiewet en *supra* Hoofdstuk I, Afd. 2, § 3 van dit Deel.

¹¹⁴⁴ Hierbij ruilen twee levende donor-ontvangerparen een orgaan uit. Zie *infra* Deel IV, Hoofdstuk I, Afd. 3.

¹¹⁴⁵ Art. 10/24 KB Transplantatiecentra.

¹¹⁴⁶ Art. 3, § 2, lid 1 Orgaantransplantatiewet. Conform art. 9, § 1 Richtlijn 2010/53/EU.

¹¹⁴⁷ Zie *infra* § 3, B.3.a. van dit Hoofdstuk.

¹¹⁴⁸ Artikel 3, § 2, lid 1 Orgaantransplantatiewet.

¹¹⁴⁹ *Contra*: *Vr. en Antw. Kamer* 1989-90, 20 februari 1990, nr. 98, p. 7640 (Vr. nr. 381 LEFEBER).

¹¹⁵⁰ Zie reeds in die zin: Advies van de Raad van State, *Parl. St.* Sentaat 1984-85, nr. 832-1, 26.

De tweede voorwaarde luidt dat het perifere ziekenhuis moet beschikken over een functie “lokale donorcoördinatie” en een juridisch geformaliseerd samenwerkingsakkoord moet hebben gesloten met een transplantatiecentrum dat voor de wegneming verantwoordelijk is.¹¹⁵¹ Er kan worden aangenomen dat het transplantatiecentrum voor de wegneming ‘verantwoordelijk’ is indien haar personeel deze handeling uitvoert. Hierop wordt dieper ingegaan bij de bespreking van de functies “lokale donorcoördinatie” (*infra* § 3).

3. Ziekenhuismonopolie voor orgaantransplantatie

a. Transplantatie met organen van levende donoren

245. Wanneer de transplantatie betrekking heeft op een orgaan van een *levende* donor, dan moet ze steeds worden uitgevoerd in het transplantatiecentrum.¹¹⁵² Behoudens noodtoestand,¹¹⁵³ kan hier niet van worden afgeweken. Dit is logisch, aangezien de gezondheid van de levende donor voorts nog de waarborg van de wetenschappelijke, hoogtechnologische en gespecialiseerde setting van een transplantatiecentrum vereist. Indien transplantatiecentra samenwerken voor een *cross-over* transplantatie, dan moeten ze hiertoe een schriftelijk juridisch geformaliseerd samenwerkingsakkoord met elkaar sluiten.¹¹⁵⁴

b. Transplantatie met organen van overleden donoren

246. Wanneer de transplantatie betrekking heeft op een orgaan van een *overleden* donor, dan moet ze plaatsvinden in een transplantatiecentrum *of* in een ander ziekenhuis.¹¹⁵⁵ De transplantatie in een ander ziekenhuis dan waar het transplantatiecentrum gevestigd is, kan echter enkel onder vier voorwaarden.

Het moet allereerst gaan om een ziekenhuis ‘zoals gedefinieerd in de Ziekenhuiswet’.¹¹⁵⁶ Uit artikel 1 Ziekenhuiswet volgt dat orgaantransplantatie bij een overledene hoe dan ook niet mag plaatsvinden in een militair ziekenhuis.¹¹⁵⁷ Nochtans zou dit misschien op termijn herzien moeten worden. Transplantatie van samengestelde weefsels, zoals bv. handen of gezichtshefsels, zou van bijzonder belang kunnen zijn voor soldaten.¹¹⁵⁸

Vervolgens moet het perifere ziekenhuis een juridisch geformaliseerd samenwerkingsakkoord hebben gesloten met een transplantatiecentrum dat voor de transplantatie verantwoordelijk is.¹¹⁵⁹ Er kan worden aangenomen dat het transplantatiecentrum voor de transplantatie ‘verantwoordelijk’ is indien haar personeel deze handeling uitvoert. Het samenwerkingsakkoord bepaalt de concrete modaliteiten van de samenwerking en moet onder meer uitdrukkelijk voorzien dat het transplantatiecentrum de verantwoordelijkheid draagt voor

¹¹⁵¹ Art. 3, § 2, lid 1 Orgaantransplantatiewet; art. 4, § 1 KB Lokale donorcoördinatie. Zie ook: memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2011-12, nr. 53-2158/1, 17. Het transplantatiecentrum is voor het wegnemen en transplanteren ‘verantwoordelijk’ indien haar personeel deze handelingen uitvoeren.

¹¹⁵² Art. 3, § 3 Orgaantransplantatiewet. Conform art. 9, § 1 Richtlijn 2010/53/EU.

¹¹⁵³ Zie over de voorwaarden van de noodtoestand *infra* Deel IV, Hoofdstuk II, Afd. 2., § 2, D.1.

¹¹⁵⁴ Art. 10/24 KB Transplantatiecentra.

¹¹⁵⁵ Art. 3, § 2, lid 1 Orgaantransplantatiewet. Vgl. art. 9, § 1 Richtlijn 2010/53/EU.

¹¹⁵⁶ Artikel 3, § 2, lid 1 Orgaantransplantatiewet.

¹¹⁵⁷ *Contra: Vr. en Antw.* Kamer 1989-90, 20 februari 1990, nr. 98, p. 7640 (Vr. nr. 381 LEFEBER).

¹¹⁵⁸ Vgl. Advies nr. 82 van 6 februari 2004 van het Comité Consultatif National d’Éthique pour les sciences de la vie et de la santé, “L’allotransplantation de tissu composite (ATC) au niveau de la face (Grefte totale ou partielle d’un visage)”, <http://www.ccne-ethique.fr>, 5.

¹¹⁵⁹ Art. 3, § 2, lid 1 Orgaantransplantatiewet. Zie ook: memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2011-12, nr. 53-2158/1, 17.

de traceerbaarheid en de melding en het beheer van ernstige ongewenste voorvallen en bijwerkingen.¹¹⁶⁰

De volgende voorwaarde ligt nogal voor de hand. Bij de transplantatie in het andere ziekenhuis moeten de voorwaarden van de Orgaantransplantatiewet en het KB Transplantatiecentra worden nageleefd.¹¹⁶¹

De laatste, maar wellicht belangrijkste voorwaarde luidt dat een transplantatie met overleden donor slechts ‘in uitzonderlijke gevallen’ in een ander ziekenhuis dan het transplantatiecentrum kan plaatsvinden.¹¹⁶² Helaas werd niet verduidelijkt welke gevallen als uitzonderlijk zijn te beschouwen. De Nationale Raad voor Ziekenhuisvoorzieningen leek te suggereren dat transplantatie buiten de vestigingsplaats van een transplantatiecentrum mogelijk is indien er een voldoende hoog volume en goede kwalitatieve uitkomst kan worden bereikt.¹¹⁶³ De wetgever dacht aan transplantaties in een ander ziekenhuis met ‘specifieke bevoegdheden’.¹¹⁶⁴ Wellicht moet de verklaring gezocht worden in het voorzien van een wettelijke toelating voor het longtransplantatieprogramma in het CHU Mont-Godinne,¹¹⁶⁵ dat zelf geen erkend transplantatiecentrum heeft, maar samenwerkt met de Cliniques Universitaires Saint-Luc. Niettemin kan onder ‘uitzonderlijke gevallen’ evengoed gedacht worden aan bv. urgentiegevallen die geen andere opties overlaten. De regelgever had beter een meer afgebakend criterium dan ‘uitzonderlijk’ gehanteerd.

4. Ziekenhuismonopolie voor ondersteunende handelingen

247. Voor andere handelingen dan het wegnemen en transplanteren werd geen expliciet ziekenhuis- of transplantatiecentrummonopolie voorzien. Voor sommige handelingen, zoals bv. het vervoeren van organen, is dit logisch, nu het orgaan het ziekenhuis moet kunnen verlaten. Voor andere handelingen zal soms wel *de facto* een transplantatiecentrummonopolie bestaan, namelijk indien deze handelingen zijn voorbehouden aan personeel van het transplantatiecentrum. Dit zal hierna uitgebreider worden onderzocht.

B. Artsenmonopolie

1. Algemeen

248. Artikel 3 Orgaantransplantatiewet bepaalt dat het wegnemen en transplanteren van organen, evenals alle medische activiteiten betreffende het wegnemen van organen door een arts moeten worden uitgevoerd. Er kan worden aangenomen dat met ‘arts’ wordt bedoeld de beroepsbeoefenaar in de zin van art. 3, § 1 van de gecoördineerde wet van 10 mei 2015 betreffende de uitoefening van de gezondheidszorgberoepen¹¹⁶⁶ (verkort: Wet Uitoefening Gezondheidszorgberoepen). Artikel 3, §§ 2 en 3 Orgaantransplantatiewet stelt immers dat het moet gaan om een arts van een transplantatiecentrum. Dergelijk centrum moet overeenkomstig artikel 3 KB Transplantatiecentra gevestigd zijn in een universitair ziekenhuis, zoals bepaald in

¹¹⁶⁰ Art. 2, § 4 KB Transplantatiecentra.

¹¹⁶¹ Art. 2, § 4 en art. 4 KB Transplantatiecentra.

¹¹⁶² Art. 2, § 4 KB Transplantatiecentra.

¹¹⁶³ Advies van de Nationale Raad voor ziekenhuisvoorzieningen van 12 mei 2011 m.b.t. orgaanwegname en –transplantatie, <http://www.health.belgium.be>, 9-10.

¹¹⁶⁴ Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2011-12, nr. 53-2158/1, 17.

¹¹⁶⁵ Zie immers: Verslag BURGEON, *Parl. St. Kamer* 2011-12, nr. 53-2158/2, 19.

¹¹⁶⁶ BS 18 juni 2015. Deze wet komt in de plaats van het voormalige KB nr. 78 van 10 november 1967 betreffende de uitoefening van de gezondheidszorgberoepen, BS 14 november 1967.

artikel 4 Ziekenhuiswet. Overeenkomstig artikel 8, 3° Ziekenhuiswet is een arts in de zin van de Ziekenhuiswet een beroepsbeoefenaar in de zin van artikel 3, § 1 Wet Uitoefening Gezondheidszorgberoepen.¹¹⁶⁷ Indien de voorgenoemde handelingen worden uitgevoerd door een niet-arts, dan zal deze persoon niet enkel strafbaar zijn op grond van artikel 17, § 1 Orgaantransplantatiewet, maar mogelijk ook op grond van onwettige uitoefening van de geneeskunde (art. 3, § 1, lid 2 *iuncto* art. 122, § 1, 1° Wet Uitoefening Gezondheidszorgberoepen).¹¹⁶⁸

Net zoals voor het ziekenhuismonopolie kan de *ratio legis* van het artsenmonopolie gezocht worden in de waarborging van kwaliteitsvolle en veilige zorg.¹¹⁶⁹ Op basis hiervan kan eveneens worden gesteld dat de wegnemings- of transplantatiearts een beroepsbeoefenaar in de zin van de Wet Uitoefening Gezondheidszorgberoepen moet zijn. Via dit KB wordt de beroepsbeoefenaar immers onderworpen aan een systeem van kwaliteitswaarborgen (bv. diploma e.d.). Het artsenmonopolie wordt meer bepaald gerechtvaardigd door de risicovolle aard van de wegnemings- en transplantatieactiviteiten en de veronderstelling dat enkel een arts wegens zijn professionele kennis voldoende kwaliteits- en veiligheidswaarborgen biedt bij het verrichten van dergelijke ingrepen.¹¹⁷⁰ Dit is, zoals gezegd, noodzakelijk voor het gezondheidsbelang van de ontvanger en de levende donor, alsook om het vertrouwen van het publiek met het oog op donatiebereidheid te waarborgen.

2. Artsenmonopolie voor orgaanwegneming en -transplantatie

a. Het wegnemingsteam

249. Het wegnemen van organen moet, ongeacht het type donor, uitgevoerd worden door een arts van een transplantatiecentrum.¹¹⁷¹ De verbondenheid van de arts met een transplantatiecentrum waarborgt een zekere specialisatie. Ieder transplantatiecentrum moet meer bepaald beschikken over een *prelevatieteam* (wegnemingsteam) van artsen-specialisten in de heelkunde, dat permanent ter beschikking staat voor het wegnemen van organen bij donoren.¹¹⁷² Op de plaats waar het transplantatiecentrum wordt uitgebaat, moeten bovendien alle noodzakelijke medische disciplines voor het wegnemen van organen aanwezig zijn. Artikel 6, § 2 KB Transplantatiecentra somt deze disciplines op en bevat een permanentieregeling.

Het wegnemingsteam moet in staat zijn om alle organen weg te nemen die volgens de huidige stand van de wetenschap kunnen worden getransplanteerd.¹¹⁷³ Een mogelijk voordeel van dergelijk breed gekwalificeerd wegnemingsteam is dat het bij multi-orgaanwegneming bij een overleden donor meteen meerdere organen kan wegnemen. Indien daarentegen telkens wegnemingsteams van verschillende centra om de beurt ‘hun’ orgaan zouden wegnemen, dan

¹¹⁶⁷ Vgl. T. GOFFIN, *De professionele autonomie van de arts. De rechtspositie van de arts in de arts-patiëntrelatie*, Brugge, die Keure, 2011, 96. Zie over de kwalificatie als ‘arts’/‘geneesheer’ uitvoeriger: F. DEWALLENS, *Het statuut van de ziekenhuisarts*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 11 e.v.

¹¹⁶⁸ F. BLOCKX, “Het misdrijf van onwettige uitoefening van de geneeskunde” in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume I*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (661) 665. *Contra*: T. GOFFIN, *De professionele autonomie van de arts*, 2011, 97, die enkel de bestraffing krachtens art. 17, § 1 Orgaantransplantatiewet mogelijk acht.

¹¹⁶⁹ T. VANSWEEVELT, “Het juridische statuut van het lijk” in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (1559) 1577. Vgl. T. GOFFIN, *De professionele autonomie van de arts*, 2011, 73.

¹¹⁷⁰ Zie ook al: W. DREESSEN, *o.c.*, *Jura Falc.* 1984-85, (500) 522.

¹¹⁷¹ Art. 3, § 2, lid 1 en § 3 Orgaantransplantatiewet. Vgl. art. 4, § 1 Wet Menselijk Lichaamsmateriaal, waar het volstaat dat dit gebeurt “onder de verantwoordelijkheid van een arts”.

¹¹⁷² Art. 6, § 1, 1° KB Transplantatiecentra.

¹¹⁷³ Art. 6, § 1, 1° KB Transplantatiecentra.

kan dit timingproblemen opleveren met de nodige risico's voor de bruikbaarheid van de beperkt houdbare organen tot gevolg.¹¹⁷⁴ Bij die voorwaarde kan echter ook een bedenking worden gemaakt. Het KB Transplantatiecentra hanteert dezelfde orgaandefinitie als in de Orgaantransplantatiewet, wat strikt genomen wil zeggen dat het wegnemingsteam ook in staat moet zijn o.a. handen of gezichtsweefsels weg te nemen, nu deze getransplanteerd kunnen worden volgens de geldende stand van de wetenschap.¹¹⁷⁵ Gelet op het nieuw en nog experimenteel karakter van dergelijke transplantaties valt het evenwel te betwijfelen of deze expertise werkelijk in alle centra aanwezig is of hoort te zijn.¹¹⁷⁶ In tegenstelling tot wat de tekst van het KB zegt, was het oorspronkelijk slechts de bedoeling dat een transplantatiecentrum nieren, lever, hart, longen, pancreas en darm kan wegnemen.¹¹⁷⁷

250. Indien de donor zich bevindt in hetzelfde ziekenhuis als waar de ontvanger en diens transplantatiecentrum zich bevinden, dan zal het wegnemingsteam van dit transplantatiecentrum de wegneming kunnen uitvoeren. Indien de donor zich evenwel in een ander ziekenhuis dan het transplantatiecentrum bevindt, dan zijn er verschillende hypothesen met het oog op de orgaanwegneming mogelijk. Er kan een onderscheid worden gemaakt naargelang dit donorziekenhuis zich binnen dan wel buiten België bevindt.¹¹⁷⁸

Indien het donorziekenhuis zich binnen België bevindt, kan een verder onderscheid worden gemaakt naargelang dit ziekenhuis al dan niet over een eigen transplantatiecentrum beschikt. Indien het donorziekenhuis over een eigen transplantatiecentrum beschikt, dan kan de orgaanwegneming overeenkomstig het artsenmonopolie in principe worden verricht door zowel het lokale wegnemingsteam van dit donorziekenhuis, als het wegnemingsteam van het transplantatiecentrum waar de ontvanger zich bevindt. In de praktijk blijkt de gewoonte te bestaan dat abdominale organen (bv. nieren, lever,...) door het lokale team worden weggenomen, terwijl thorax-organen (hart en longen) door het wegnemingsteam van het ontvangerziekenhuis op verplaatsing worden weggenomen.¹¹⁷⁹ Indien het donorziekenhuis daarentegen niet over een transplantatiecentrum beschikt, dan zal het wegnemingsteam van het transplantatiecentrum (waar de ontvanger zich bevindt) zich wegens het artsenmonopolie naar het donorziekenhuis moeten begeven.¹¹⁸⁰ Het orgaan mag dan niet door een of ander lokaal team worden uitgenomen.

Indien het donorziekenhuis zich buiten België bevindt, hangt de situatie enigszins af van de regelgeving die op het buitenlandse grondgebied van kracht is. Ofwel gebeurt de orgaanwegneming door een lokaal wegnemingsteam van het buitenlandse donorziekenhuis, wat zoals gezegd de gewoonte is voor abdominale organen. Dit kan uiteraard slechts in zoverre de buitenlandse regelgeving orgaanwegneming in dit ziekenhuis toelaat. Ofwel gebeurt de orgaanwegneming door het Belgische wegnemingsteam op verplaatsing in het buitenlandse

¹¹⁷⁴ Vgl. European Directorate for the Quality of Medicines and HealthCare, "Organ Shortage: Current Status and Strategies for the Improvement of Organ Donation – A European Consensus Document", 2003, <http://www.edqm.eu, nr. 4.7.2., waar wordt gesproken van 'area or zonal retrieval teams'>.

¹¹⁷⁵ Art. 1/1, 2° KB Transplantatiecentra. Cf. *supra* Deel II, Hoofdstuk III, Afd. 1, § 2, C.3.

¹¹⁷⁶ Zie ook al art. 6, § 1, 2° KB Transplantatiecentra, waar geenszins wordt vereist dat de artsen-specialisten alle organen die volgens de huidige stand van de wetenschap kunnen worden getransplanteerd, ook effectief kunnen transplanteren.

¹¹⁷⁷ Advies over het programma inzake de erkenningscriteria van de centra voor orgaantransplantatie van 10 september 1998 van de Nationale Raad voor Ziekenhuisvoorzieningen, www.health.belgium.be, 2, waar het bestaan van meerdere programma's binnen één centrum blijkbaar werd vereist om de efficiëntie en financiële haalbaarheid te vergroten.

¹¹⁷⁸ Zie uitgebreider *infra* § 5 van deze Afdeling over het belang van grensoverschrijdende orgaanuitwisseling.

¹¹⁷⁹ Eurotransplant Manual, [versie 3.0., 2013], www.eurotransplant.org, nr. 9.2.3.

¹¹⁸⁰ B. VAN HAELEWIJCK, *Don d'organes. Don de tissus*, 2002, 98.

donorziekenhuis, wat zoals gezegd de gewoonte is voor thorax-organen.¹¹⁸¹ Om dergelijke grensoverschrijdende orgaanwegneming te mogen uitvoeren, kunnen de artsen zich beroepen op het vrije verkeer van personen binnen de Europese Unie.¹¹⁸² Het Belgische wegnemingsteam zal voor het overige dan wel moeten voldoen aan de voorwaarden die in dat land worden gesteld voor de uitvoering van orgaanwegneming.¹¹⁸³ Omgekeerd zullen ook buitenlandse wegnemingsteams die in België een orgaan komen wegnemen, in principe moeten voldoen aan de Belgische regels. Voor zover de transplantatie gebeurt in het land van het buitenlandse wegnemingsteam zal evenwel niet aan de Belgische regeling moeten worden voldaan. Dat wil bv. zeggen dat de transplantatie in het buitenland niet in een transplantatiecentrum zoals geregeld in het KB Transplantatiecentra moet gebeuren.¹¹⁸⁴

b. Het transplantatieteam

251. Ook het transplanteren van organen moet, ongeacht het type donor, uitgevoerd worden door een arts van een transplantatiecentrum.¹¹⁸⁵ Ieder transplantatiecentrum moet meer bepaald beschikken over een *transplantatieteam* van artsen-specialisten in de heelkunde en in de anesthesiologie, dat permanent ter beschikking staat voor het transplanteren van organen bij ontvangers.¹¹⁸⁶ Op de plaats waar het transplantatiecentrum wordt uitgebaat, moeten verder alle noodzakelijke medische disciplines voor het transplanteren van organen aanwezig zijn. Artikel 6, § 2 KB Transplantatiecentra somt deze disciplines op en bevat eveneens een permanentieregeling.¹¹⁸⁷

De transplantatie van organen moet volgens artikel 7, lid 2 KB Transplantatiecentra strikt worden *gescheiden* van de orgaanwegneming.¹¹⁸⁸ Het transplantatieteam mag m.a.w. niet hetzelfde zijn als het wegnemingsteam.¹¹⁸⁹ De arts die een orgaan bij de donor wegneemt, mag dus blijkbaar ook niet degene zijn die dit orgaan bij de ontvanger inplant. Het betreft vanzelfsprekend een onafhankelijkheidswaarborg.¹¹⁹⁰ Hierboven werd al gezegd dat een evenwicht moet worden gevonden tussen de belangen van de donor en die van de ontvanger.¹¹⁹¹ De scheiding wegneming-transplantatie lijkt te moeten waarborgen dat deze belangenafweging ook op micro-niveau correct verloopt.

¹¹⁸¹ Zie bv. “24 uur voor een nieuw leven”, *magUZA* 2008, nr. 74.

¹¹⁸² Indien het donorziekenhuis zich uitzonderlijk buiten de EU bevindt, dan zal deze mogelijkheid afhangen van de buitenlandse regelgeving of een eventueel verdrag tussen België en het gastland hieromtrent.

¹¹⁸³ Zie ook: Minutes of the Sixth Competent Authority Meeting on Organ Donation and Transplantation, 13-14 maart 2013, http://ec.europa.eu/health/blood_tissues_organ, 3, waar werd aangeraden om bv. overeenkomsten hierover te sluiten, teneinde grensoverschrijdende orgaanuitwisseling niet te belemmeren; Eurotransplant Manual, [versie 3.0., 2013], www.eurotransplant.org, nr. 9.2.3. Zie algemeen: F. DEWALLENS en E. HUYBRECHTS, “De Arts. Toegang en uitoefeningsvoorwaarden” in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume I*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (631) 638.

¹¹⁸⁴ Vgl. H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, Mechelen, Kluwer, 1991, 371, nr. 866.

¹¹⁸⁵ Art. 3, § 2, lid 1 en § 3 Orgaantransplantatiewet. Vgl. art. 4, § 1 Wet Menselijk Lichaamsmateriaal, waar het volstaat dat dit gebeurt “onder de verantwoordelijkheid van een arts”.

¹¹⁸⁶ Art. 6, § 1, 2° KB Transplantatiecentra.

¹¹⁸⁷ De bedoeling is dat de transplantatiecentra zelf voorzien in de nodige opleiding van de artsen-specialisten in de desbetreffende transplantatiepathologie (Advies over het programma inzake de erkenningscriteria van de centra voor orgaantransplantatie van 10 september 1998 van de Nationale Raad voor Ziekenhuisvoorzieningen, www.health.belgium.be, 5).

¹¹⁸⁸ De geneesheer-diensthooft moet hierop toezien.

¹¹⁸⁹ Zie ook: Advies nr. 9177 van de Hoge Gezondheidsraad, “Wetsvoorstel tot wijziging van de wet van 19 december 2008 inzake het verkrijgen en het gebruik van menselijk lichaamsmateriaal met het oog op de geneeskundige toepassing op de mens of het wetenschappelijk onderzoek, aangaande de productie van geneesmiddelen voor geavanceerde allogene therapie”, <http://www.health.fgov.be>, 12, waar in verband met art. 9 KB Transplantatiecentra ook werd gesteld dat de donor niet beoordeeld mag worden door iemand die belang heeft bij de wegneming.

¹¹⁹⁰ L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 63.

¹¹⁹¹ Zie *supra* Deel II, Hoofdstuk I, Afd. 1, § 1.

3. Artsenmonopolie voor ondersteunende handelingen

a. Niet-medische omkadering

252. Nu de wegneming en transplantatie strikt gescheiden moeten zijn, rijst de vraag naar de coördinatie van de transplantatieprocedure. Het moet worden onderstreept dat dergelijke procedure een grondige en efficiënte organisatie vereist, vooral in geval van transplantatie met een overleden donor. Er moet dan duidelijk gecommuniceerd worden tussen de verschillende teams en de vele betrokken disciplines van verschillende ziekenhuizen, de operatiekwartieren en het nodige materiaal moeten worden geregeld, de timing moet goed zitten en de transportmodaliteiten moeten worden afgewogen.¹¹⁹²

Ieder transplantatiecentrum moet daarom beschikken over een *transplantatiecoördinatieteam*. Dit team heeft onder meer als taak in te staan voor het beheer en de administratieve organisatie van de orgaanwegname (bv. boekhouding van gemaakte kosten)¹¹⁹³ en voor de praktische organisatie van het testen, karakteriseren, wegnemen, conserveren, vervoeren en transplanteren van organen, alsook voor de kwaliteitsevaluatie hiervan.¹¹⁹⁴ Het kan hierbij gaan om zowel een procedure met een levende donor, als een procedure met een overleden donor. Een en ander laat toe dat de artsen zich volledig kunnen concentreren op de wegneming en transplantatie zelf.¹¹⁹⁵

253. Het transplantatiecoördinatieteam moet bestaan uit minstens twee door het transplantatiecentrum speciaal daartoe opgeleide beroepsbeoefenaars in de zin van de Wet Uitoefening Gezondheidszorgberoepen.¹¹⁹⁶ Dit kunnen artsen, maar evengoed verpleegkundigen (art. 45 e.v. Wet Uitoefening Gezondheidszorgberoepen) of andere beroepsbeoefenaars zijn. Er geldt voor de transplantatiecoördinatie dus géén artsenmonopolie. Dit volgt logischerwijze uit de niet-medische aard van de taken van het transplantatiecoördinatieteam. Niettemin staat dit team nog wel onder leiding van een arts, die moet worden aangeduid door de ziekenhuisbeheerder.¹¹⁹⁷

De *transplantatiecoördinatoren* van de transplantatiecentra moeten voor alle duidelijkheid onderscheiden worden van de *donorcoördinatoren*, die thuishoren binnen de functies “lokale donorcoördinatie” (*infra* § 3).

254. Het vervoer van organen kan eveneens als onderdeel van de niet-medische omkadering beschouwd worden. Hoewel het transplantatiecentrum een aantal verplichtingen inzake het orgaanvervoer heeft, geldt hier geen artsenmonopolie.¹¹⁹⁸

¹¹⁹² A.-M. BRIELS, “De transplantatiecoördinator: functie en statuut”, *VL. T. Gez.* 1989, (324) 325; B. VAN HAELEWIJCK, *Don d’organes. Don de tissus*, 2002, 85-86 en 88.

¹¹⁹³ J. MATTHIJS, “Interview met Luc Colenbie, transplantcoördinator aan het UZ Gent”, 15 oktober 2009, www.demaakbaremens.org.

¹¹⁹⁴ Art. 10, § 2, 3° en 4° KB Transplantatiecentra.

¹¹⁹⁵ Vgl. J. VANDE MOORTELE, “Het wegnemen en transplanteren van organen volgens de Belgische wet”, *VL. T. Gez.* 1988-89, (318) 322.

¹¹⁹⁶ Art. 10, § KB Transplantatiecentra, dat voorts nog bepaald dat deze personen werkzaam moeten zijn in het ziekenhuis van het transplantatiecentrum en benoemd moeten zijn door de hoofdgeneesheer op voordracht van de interne transplantatieraad.

¹¹⁹⁷ Art. 10, § 3 KB Transplantatiecentra.

¹¹⁹⁸ Zie verder § 7 van deze Afdeling en Deel VI, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, A.3.

b. Medische omkadering

255. Alle medische activiteiten met betrekking tot het wegnemen van organen moeten worden uitgevoerd door een arts. Het gaat voornamelijk om de karakterisering, evaluatie en selectie van donoren en organen.¹¹⁹⁹ Indien de karakterisering, evaluatie en selectie betrekking hebben op de donor, dan moeten ze meer bepaald worden uitgevoerd door de arts die de leiding heeft van het transplantatiecoördinatieteam.¹²⁰⁰ Indien ze betrekking hebben op organen, dan moeten ze worden uitgevoerd door een arts-specialist die deel uitmaakt van het transplantatieteam.¹²⁰¹ Er geldt dus wederom een monopolie voor de artsen van de transplantatiecentra.

Op dit punt is België enigszins strenger dan artikel 6, lid 1 Richtlijn 2010/53/EU, dat slechts vereist dat de medische activiteiten “*op advies en onder leiding van een arts*” plaatsvinden. Het artsenmonopolie beoogt een hoge graad van professionalisme te bieden en het vertrouwen van de donor te wekken.¹²⁰² De rechtvaardiging voor dit artsenmonopolie kan dan ook worden gezocht in de bescherming van de volksgezondheid.¹²⁰³

256. Met betrekking tot de karakterisering kan het artsenmonopolie echter toch in vraag worden gesteld. In de praktijk blijkt dat transplantatiecoördinatoren belast worden met het verzamelen van de nodige gegevens, maar niet steeds de titel van arts dragen.¹²⁰⁴ Tijdens de parlementaire besprekingen werd het op basis van de Orgaantransplantatiewet inderdaad mogelijk geacht dat een verpleegkundige de nodige gegevens ter voorbereiding van de evaluatie en selectie zou inzamelen.¹²⁰⁵ De verantwoordelijkheid zou dan bij een arts blijven liggen.¹²⁰⁶

Een hoge graad van professionalisme zou m.i. inderdaad al kunnen worden bereikt door de karakterisering te laten uitvoeren door daartoe opgeleide verpleegkundige transplantatiecoördinatoren.¹²⁰⁷ De tekst van de Orgaantransplantatiewet en die van het KB Transplantatiecentra laten echter geen twijfel bestaan: de karakterisering mag wettelijk gezien enkel *door* een arts worden uitgevoerd.¹²⁰⁸ Anders oordelen, zou betekenen dat ook de evaluatie en de selectie door verpleegkundigen kan worden uitgevoerd (onder verantwoordelijkheid van een arts). Dit zou dan weer een stap te ver zijn; deze laatstgenoemde handelingen vereisen een te grote mate van medische kennis en inzicht. Bijgevolg moeten de betreffende bepalingen naar

¹¹⁹⁹ Art. 3, § 1, lid 1 Orgaantransplantatiewet; art. 9, lid 1 KB Transplantatiecentra. Te denken valt ook aan bv. het conserveren van organen.

¹²⁰⁰ Art. 9, lid 2 KB Transplantatiecentra. Zie evenwel art. 10/6 KB Transplantatiecentra, waar wordt gesteld dat het “medisch team” karakteriseringsgegevens moet inwinnen. Op het eerste gezicht lijken deze bepalingen slecht op elkaar afgestemd, aangezien het transplantatiecoördinatieteam in de aanhef bij art. 10 KB Transplantatiecentra wordt geclassificeerd als “niet-medische omkadering”. Een zorgvuldige lezing van art. 10, § 3 leidt tot het besluit dat de arts die de leiding heeft over het transplantatiecoördinatieteam hier zelf geen deel van hoeft uit te maken. Aldus zou deze wel tot het medische team (art. 6 KB Transplantatiecentra) kunnen behoren. Art. 9, lid 2 KB Transplantatiecentra heeft hoe dan ook voorrang op art. 10/6 wat betreft de bevoegde beroepsbeoefenaar, aangezien het de meest specifieke bepaling is (*lex specialis derogat lex generalis*).

¹²⁰¹ Art. 9, lid 2 KB Transplantatiecentra.

¹²⁰² Verslag BURGEON, *Parl. St. Kamer* 2011-12, nr. 2158/2, 18, in verband met de karakterisering.

¹²⁰³ Advies van de Raad van State, *Parl. St. Kamer* 2011-12, nr. 53-2158/1, 55, in verband met de evaluatie en de selectie.

¹²⁰⁴ Verslag BURGEON, *Parl. St. Kamer* 2011-12, nr. 2158/2, 17.

¹²⁰⁵ Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2011-12, nr. 53-2158/1, 15.

¹²⁰⁶ Verslag BURGEON, *Parl. St. Kamer* 2011-12, nr. 2158/2, 17-18.

¹²⁰⁷ Zie ook: art. 46, § 1, 1°, a) Wet Uitoefening Gezondheidszorgberoepen, dat het observeren, het herkennen en het vastleggen van de gezondheidsstatus zowel op psychisch, fysisch als sociaal vlak als de uitoefening van verpleegkunde beschouwt; Bijlagen bij KB van 18 juni 1990 houdende vaststelling van de lijst van de technische verpleegkundige verstrekkingen en de lijst van de handelingen die door een arts aan beoefenaars van de verpleegkunde kunnen worden toevertrouwd, alsmede de wijze van uitvoering van die verstrekkingen en handelingen en de kwalificatievereisten waaraan de beoefenaars van de verpleegkunde moeten voldoen, *BS* 23 juli 1990, waar het stellen van sommige handelingen die nodig zijn voor karakterisering, zoals bv. bloedafname, wordt toegestaan aan verpleegkundigen.

¹²⁰⁸ Art. 3, § 1 Orgaantransplantatiewet; art. 9 KB Transplantatiecentra.

het voorbeeld van artikel 4, § 1 Wet Menselijk Lichaamsmateriaal worden aangepast, zodat de karakterisering ‘onder de verantwoordelijkheid van een arts’ mag geschieden.

§ 3. FUNCTIES “LOKALE DONORCOÖRDINATIE”

257. Een functie “lokale donorcoördinatie” is een ziekenhuisfunctie die instaat voor een geheel van activiteiten bedoeld om de orgaanwegneming na overlijden lokaal te ondersteunen in een algemeen ziekenhuis en die als zodanig erkend is overeenkomstig het KB van 10 november 2012 houdende vaststelling van de normen waaraan een functie “lokale donorcoördinatie” moet voldoen om te worden erkend en erkend te blijven¹²⁰⁹ (verkort: KB Donorcoördinatie).¹²¹⁰ Wat hierna volgt, is dus niet van toepassing op orgaanwegneming bij levende donoren. Eerst zal de algemene doelstelling van de functies “lokale donorcoördinatie”, nl. donoreffectuering, worden toegelicht (*infra* A). Vervolgens wordt de concrete uitwerking hiervan onderzocht (*infra* B).

A. Donoreffectuering

1. Het ‘Spaanse model’

258. Een goed begrip van de functies “lokale donorcoördinatie” en hun ontstaan begint bij de vaststelling dat het aantal beschikbare organen niet hoog genoeg is om te voldoen aan de grote vraag naar orgaantransplantatie.¹²¹¹ Dit orgaantekort wordt deels toegeschreven aan suboptimale inzet in het begin van de transplantatieketen. Er zouden meer bepaald onvoldoende potentiële overleden donoren worden omgezet naar effectieve donoren.¹²¹² Dit probleem van donoreffectuering situeerde zich vooral bij de lokale of ‘perifere’ ziekenhuizen. Geschikte (hersens)dode donoren bevinden zich immers niet enkel binnen de enkele transplantatiecentra, maar vooral ook in de vele lokale ziekenhuizen op de afdeling intensieve zorgen (vaak via de dienst spoedgevallen).¹²¹³

259. Om het probleem van donoreffectuering op te lossen, werd in Spanje rond 1989 overgegaan tot de uitbouw van een netwerk van lokale transplantatiecoördinatoren, dat internationale faam heeft verworven als het ‘Spaanse model’.

¹²⁰⁹ BS 23 november 2012. Zie ook: KB van 10 november 2012 waarbij sommige bepalingen van de wet betreffende de ziekenhuizen en andere verzorgingsinrichtingen, gecoördineerd op 10 juli 2008, toepasselijk worden verklaard op de functie “lokale donorcoördinatie”, BS 23 november 2012.

¹²¹⁰ De wettelijke definitie werd hier enigszins aangepast met het oog op taalkundige vlotheid en juistheid. Zie: art.1/1, 8° KB Transplantatiecentra; art. 2, 1° en 3 KB Donorcoördinatie.

¹²¹¹ Zie uitgebreider *supra* Deel I, Hoofdstuk I, Afd. 2, § 4.

¹²¹² A.-M. BRIELS, o.c., *VI. T. Gez.* 1989, (324) 324; Informal consultation on organ transplantation (WHO/HLE/90.1), WHO Headquarters, Geneve, 2-4 mei 1990, <http://apps.who.int>, nr. 6; W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 82-90 en 245, die deze ‘sub-optimale inzet van de medische professie’ als belangrijkste oorzaak van het orgaantekort beschouwt; R. MATESANZ, B. MIRANDA en C. FELIPE, “Organ Procurement in Spain: the Impact of Transplant Coordination” in Y. ENGLERT (ed.), *Organ and Tissue Transplantation in the European Union: Management of Difficulties and Health Risks Linked to Donors*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, (103) 103 en 114; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 13 en 31; B. MIRANDA, “Organ donation in Spain”, *Nephrol. Dial. Transplant* 1999, (15) 19-20; M. NAVARRO-MICHEL, “Institutional organisation and transplanting the ‘Spanish Model’” in A.-M. FARRELL, D. PRICE en M. QUIGLEY (eds.), *Organ shortage: ethics, law, and pragmatism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, (151) 162; A.-C. SQUIFFLET, “Le droit face à la pénurie d’organes: quels apports pour quelle efficacité?” *Ann. dr. Louvain* 2011, (357) 367.

¹²¹³ W. LAND en C. SCHULZ, “Organ donation: The role of hospitals”, *Health Policy* 1990, (127) 127-128; Vraag nr. 3-2111 P. VANKRUNKELSVEN, *Hand. Senaat* 2006-07, 8 februari 2007, nr. 3-203, 57; D. DE KEGEL, S. DESMET en P. LORMANS, “Zorgzaam omgaan met orgaandonatie” in L. ANCKAERT en L. MARCELIS (eds.), *Medische zorg en ethiek*, Tielt, Lannoo Campus, 2011, (151) 153. Zie ook *infra* Deel V, Hoofdstuk I, Afd. 3, § 1, B.1. over het profiel van hersendode donoren.

Cruciaal in dit organisatiemodel is de aanstelling van coördinatoren in alle lokale ziekenhuizen. Deze coördinatoren zijn bij voorkeur werkzaam in de intensieve zorg en zijn elk in hun eigen ziekenhuis verantwoordelijk voor (de verbetering van) de donordetectie en het benaderen van de familie.¹²¹⁴ Het is essentieel dat zij hiertoe een specifieke training hebben genoten aangaande de medische, psychologische, praktische, ethische en juridische aspecten van orgaanwegname.¹²¹⁵ Via de aanstelling van getrainde coördinatoren binnen een uitgebreid netwerk werd de orgaanwegnameactiviteit met andere woorden geprofessionaliseerd en geïnstitutionaliseerd.¹²¹⁶

Het Spaanse coördinatiernetwerk wordt overkoepeld door de *Organización Nacional de Trasplantes* (ONT), die het geheel op nationaal niveau ondersteunt. De ONT staat met name in voor het beheer van de wachtlijsten en de orgaanallocatie, het behouden van statistieken en data, het voorzien in trainingen, evenals de informatieverstrekking en sensibilisering ten aanzien van sociale (belangen)groepen.¹²¹⁷

De invoering van dit organisatiemodel ging gepaard met een duidelijke verhoging van het orgaanaanbod. Van 1989 tot 2002 is Spanje erin geslaagd om haar orgaanaanbod te verdubbelen.¹²¹⁸ Hierdoor is Spanje tot op vandaag koploper met 35 overleden donoren per miljoen inwoners in 2013.¹²¹⁹

260. Dankzij haar succes in termen van donoraantal heeft het Spaanse model zich buiten Spanje verspreid. In 2005 richtte het Comité van Ministers van de Raad van Europa aan de lidstaten een aanbeveling tot het aanstellen van goed getrainde donorcoördinatoren in elk ziekenhuis met een afdeling intensieve zorg, voor de identificatie van potentiële overleden donoren.¹²²⁰ Het Comité achtte dat dergelijke maatregel tot een grotere efficiëntie inzake orgaanwegname zou leiden en het orgaanaanbod zou kunnen verhogen.

Ook binnen de Europese Unie werd het belang van coördinatoren in ziekenhuizen erkend en werd het Spaanse model beschouwd als een uitmuntend voorbeeld van hoe degelijke organisatie kan leiden tot meer donoren.¹²²¹ Daarom werd het bevorderen van de rol van transplantatiecoördinatoren in alle ziekenhuizen waar orgaandonatie kan plaatsvinden, geponeerd als een eerste prioritaire actie in het Actieplan 2009-2015 met het oog op een groter

¹²¹⁴ R. MATESANZ, B. MIRANDA en C. FELIPE, o.c. in Y. ENGLERT (ed.), *Organ and Tissue Transplantation in the European Union*, 1995, (103) 114; M. NAVARRO-MICHEL, o.c. in A.-M. FARRELL, D. PRICE en M. QUIGLEY (eds.), *Organ shortage*, 2011, (151) 162 en 167.

¹²¹⁵ R. MATESANZ, B. MIRANDA en C. FELIPE, o.c. in Y. ENGLERT (ed.), *Organ and Tissue Transplantation in the European Union*, 1995, (103) 114; M. ALVAREZ, "Le modèle espagnol" in M.-J. THIEL (ed.), *Donner, recevoir un organe: droit, dû, devoir*, Straatsburg, Presses universitaires de Strasbourg, 2009, (43) 46; R. MATESANZ et al., "Spanish experience as a leading country: what kind of measures were taken?", *Transpl. Int.* 2011, (333) 335 en 339.

¹²¹⁶ B. MIRANDA et al., o.c. in P. MORRIS, et al. (eds.), *Regard éthique*, 2003, (151) 154; W. LAND en C. SCHULZ, o.c., *Health Policy* 1990, (127) 131.

¹²¹⁷ R. MATESANZ, B. MIRANDA en C. FELIPE, o.c. in Y. ENGLERT (ed.), *Organ and Tissue Transplantation in the European Union*, 1995, (103) 106; B. MIRANDA, o.c., *Nephrol. Dial. Transplant* 1999, (15) 16; M. NAVARRO-MICHEL, o.c. in A.-M. FARRELL, D. PRICE en M. QUIGLEY (eds.), *Organ shortage*, 2011, (151) 161 en 167.

¹²¹⁸ B. MIRANDA et al., o.c. in P. MORRIS, et al. (eds.), *Regard éthique*, 2003, (151) 151. Zie ook: R. MATESANZ, B. MIRANDA en C. FELIPE, o.c. in Y. ENGLERT (ed.), *Organ and Tissue Transplantation in the European Union*, 1995, (103) 108-113.

¹²¹⁹ Transplant Newsletter, vol. 19, nr. 1, 2014, www.ont.es.

¹²²⁰ Recommendation Rec(2005)11 of the Committee of Ministers to member states on the role and training of professionals responsible for organ donation (transplant "donor co-ordinators"), <https://wcd.coe.int>. Zie ook: Appendix, nr. 2, Recommendation Rec(2006)15 of 8 November 2006 of the Committee of Ministers to member states on the background, functions and responsibilities of a National Transplant Organisation (NTO), <http://www.coe.int>.

¹²²¹ Commission staff working document - Impact Assessment, SEC(2008) 2956, <http://eur-lex.europa.eu>, 12, 48 en 64. Zie ook: Resolutie van het Europees Parlement van 22 april 2008 over orgaandonatie en -transplantatie: beleidsmaatregelen op EU-niveau (2007/2210(INI)), *Pb. C.* 29 oktober 2009, afl. 259, nr. 12 (oproep tot financiële ondersteuning van de ziekenhuizen voor de aanstellingen van interne transplantatiecoördinatoren op de afdeling intensieve zorg).

aantal organen.¹²²² In considerans 17 van Richtlijn 2010/53/EU werd de rol van donorcoördinatoren als essentieel beschouwd voor de efficiëntie van het donatie- en transplantatieproces, maar ook voor de kwaliteit en veiligheid van de organen.¹²²³ Richtlijn 2010/53/EU bevat echter geen bindende bepalingen daaromtrent. Uit de tussentijdse review van het Actieplan in 2014 bleek dat donorcoördinatoren ondertussen onder de lidstaten ruime erkenning genieten en bevorderd worden.¹²²⁴ Er kan als het ware gesproken worden van een Europees *acquis*.¹²²⁵

261. In feite is het Spaanse model geenszins origineel, en het bestond het reeds vóór 1989 in de Verenigde Staten. In de National Organ Transplant Act van 1984 werd er immers voorzien in de oprichting van zogenaamde *Organ Procurement Organizations* (OPO's).¹²²⁶ Dit zijn door de minister van Volksgezondheid erkende en gesubsidieerde organisaties die binnen een bepaald gebied akkoorden aangaan met ziekenhuizen met het oog op het identificeren van potentiële orgaandonoren, alsook akkoorden aangaan met transplantatiecentra¹²²⁷ voor de coördinatie van de orgaanwegnemingen.¹²²⁸ Wanneer een potentiële overleden of te overlijden donor wordt aangemeld, onderzoekt de betrokken OPO de geschiktheid als donor, gaan ze na of er toestemming (donatie) is gegeven en regelen ze de nodige testen, evenals de preservatie en het vervoer van de organen.¹²²⁹ In het algemeen moeten ze ook inspanningen doen om zoveel mogelijk organen te verkrijgen (inclusief educatie van gezondheidsprofessionals) en moeten ze voorzien in kwaliteitsnormen voor orgaanwegneming. Momenteel zijn er zo'n 58 OPO's in de Verenigde Staten.¹²³⁰

De OPO's zijn aangesloten bij het overkoepelende *Organ Procurement Transplantation Network*¹²³¹ (OPTN), dat onder meer belast is met de leiding over de orgaanallocatie, het opstellen van kwaliteitsstandaarden, het verzamelen van data over orgaanwegneming en -transplantatie, het uitvoeren van onderzoek, het voorzien van informatie voor

¹²²² Mededeling van de Commissie - Actieplan inzake orgaandonatie en transplantatie (2009-2015), COM(2008)819, <http://eur-lex.europa.eu>, 4 en 9.

¹²²³ Zie ook: European Parliament resolution of 19 May 2010 in the Commission Communication: Action plan on Organ Donation and Transplantation (2009-2015): Strengthened Cooperation between Member States (2009/2104(INI)), <http://www.europarl.europa.eu>, litt. I en nrs. 6-8, met expliciet verwijzing naar Spanje.

¹²²⁴ Commission staff working document on the mid-term review of the "Action Plan on Organ Donation and Transplantation (2009-2015): Strengthened Cooperation between Member States", SWD(2014) 147 final, <http://eur-lex.europa.eu>, 22-26. Zie ook over het succes van (elementen van) het Spaanse model in andere landen: S.L. WHITE *et al.*, "The global diffusion of organ transplantation: trends, drivers and policy implications", *Bull. World Health. Organ.* 2014, (826) 829 en 832.

¹²²⁵ Zie bv. ook Nederland: art. 18, lid 1, art. 20 en art. 23 Wet op de Orgaandonatie (donorfunctionarissen en het ziekenhuisprotocol) en J.E.M. AKVELD, *Transplantatie en wetgeving: werkelijkheid en ideaal*, Lelystad, Vermande, 1987, 23-25, over de aanstelling van transplantatiecoördinatoren. Frankrijk: art. R1233-7, 3° Code de la Santé Publique; Conseil d'Orientation, nr. 2012-CO-28, "Règles de bonnes pratiques relatives au prélèvements d'organes à la finalité thérapeutique sur personne décédée", <http://www.agence-biomedecine.fr>, 5 e.v. (Unité Fonctionnelle médicale de Coordination Hospitalière). Engeland: BMA, *Building on Progress*, 2012, www.bma.org.uk/ethics, 19 (Specialist Nurses for Organ Donation, vroeger bekend als transplantatiecoördinatoren); Human Tissue Authority Code of practice 2: donation of solid organs for transplantation (2014), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, appendix B1.1 en B1.2.

¹²²⁶ 42 U.S.C. § 273 en 42 C.F.R. § 486.301 e.v.

¹²²⁷ Zie ook sec. 15 UAGA 2006 (verplichting tot sluiten van overeenkomsten).

¹²²⁸ De OPO's voeren de orgaanwegneming voor alle duidelijkheid niet zelf uit en hun coördinatoren maken geen medische beslissingen. Zie bv.: Kelly v. New York Organ Donor Network [2012], 35 Misc.3d 1212(A), in verband met de aansprakelijkheid van de OPO voor New York. Zie voor aan ander voorbeeld het *Gift of Life Donor Program* (www.donors1.org), dat verantwoordelijk is voor het gebied van Delaware, Oost-Pennsylvania en Zuid-New Jersey. Deze OPO wordt als de meest succesvolle beschouwd. Zie: S.T. GALLAGHER, "The Spanish Model's Capacity to Save Lives by Increasing Organ Donation Rates", *Temp. Int'l. & Comp. L.J.* 2004, (403) 420 e.v.

¹²²⁹ Zie preambule en sec. 14 UAGA 2006.

¹²³⁰ Zie: <http://organdonor.gov>; <http://optn.transplant.hrsa.gov>.

¹²³¹ Niet te verwarren met de *Association of Organ Procurement Organizations* (www.aopo.org).

gezondheidsprofessionals en in het algemeen het actief bijdragen tot het verhogen van het orgaanaanbod.¹²³²

De parallellen tussen het Amerikaanse en Spaanse systeem zijn treffend. Het Amerikaanse systeem verschilt evenwel van het Spaanse doordat niet in ieder ziekenhuis een eigen donorcoördinator werd aangesteld; de regionale OPO zal doorgaans telkens een coördinator ter plaatse sturen.¹²³³

2. Het GIFT-project

262. Het belang van coördinatie binnen de transplantatieprocedure werd al vroeg in België opgepikt.¹²³⁴ Hoewel sommige Belgische ziekenhuizen al spontaan coördinatoren aanstelden, bleef deze praktijk aanvankelijk echter zeer beperkt in vergelijking met het Spaanse systeem en ontoereikend in het licht van het orgaantekort.¹²³⁵

Hierin kwam verandering dankzij het GIFT-project, dat kadert binnen de Beldonor-campagne.¹²³⁶ Het project startte in 2006 en richt zich op de acute ziekenhuizen (ziekenhuizen met een functie voor intensieve zorgen). Het doel ervan is om het aantal donoren in België te verhogen door het opsporen en beheren van potentiële donoren in de acute ziekenhuizen te verbeteren. Meer specifiek wilde de FOD Volksgezondheid via de participatie van een aantal Belgische ziekenhuizen de probleempunten binnen de orgaandonatie-activiteit (met name i.v.m. de onderdetectie van donoren) identificeren om vervolgens een opsporingsmodel te ontwikkelen voor alle acute ziekenhuizen.¹²³⁷ Het project is nog steeds lopende. Het Europees Parlement beschouwde het GIFT-project reeds als een voorbeeld voor andere lidstaten.¹²³⁸

263. Binnen het GIFT-project kunnen ziekenhuizen overeenkomsten sluiten met de FOD Volksgezondheid.¹²³⁹ Bij het basiscontract is het onder meer de bedoeling dat overleden donoren worden geregistreerd en een personeelsenquête wordt ingevuld via de *Donor Action*-databank.¹²⁴⁰ Met deze online databanktoepassing kunnen de nodige gegevens geanalyseerd worden en krijgt de FOD Volksgezondheid een beter zicht op de donatie-activiteiten. De databank maakt deel uit van het *Donor Action*-programma, dat in 1994 werd uitgedacht door Eurotransplant¹²⁴¹ (Nederland), de *Organizacion Nacional de Trasplantes* (Spanje) en het *Partnership for Organ Donation* (VSA). Dit programma wordt thans aangeboden door de

¹²³² 42 U.S.C. § 274 en 42 C.F.R. part 121 (dit is de zgn. ‘final rule’).

¹²³³ S.T. GALLAGHER, o.c., *Temp. Int’l. & Comp. L.J.* 2004, (403) 426 en 427-429, die naar het voorbeeld van Spanje pleit voor de aanstelling van lokale donorcoördinatoren in ieder Amerikaans ziekenhuis met het oog op een efficiëntere donoreffectuering.

¹²³⁴ Zie m.n.: Amendement nr. 7 HANCKE, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220-6, 1; Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220-9, 10-12 en 48-49; J. VANDE MOORTELE, o.c., *Vl. T. Gez.* 1988-89, (318) 322; A.-M. BRIELS, o.c., *Vl. T. Gez.* 1989, (324) 325; A. DE KOEKELAERE, “Geneeskunde, bio-ethiek en recht”, *RW* 1993-94, (481) 494; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 14; I. BOONE, o.c., *TPR* 1996, (91) 127.

¹²³⁵ B. VAN HAELEWIJCK, *Don d’organes. Don de tissus*, 2002, 145; *Vr. en Antw. Senaat* 2004-05, 9 februari 2005, 3326 (*Vr. nr.* 3-2200 WILLEMS).

¹²³⁶ Zie: www.beldonor.be en *supra* Deel II, Hoofdstuk I, Afd. 1, § 2, B. over deze campagne. Zie ook: F. VAN GELDER *et al.*, “What is the Limiting Factor for Organ Procurement in Belgium: Donation or Detection? What Can Be Done to Improve Organ Procurement Rates?”, *Acta Chir. Belg.* 2008, (27) 29.

¹²³⁷ Zie: <http://eodd2013.be/nl/gift>; P. HOSTE, “Ontwikkeling van een zorgpad heart-beating orgaandonatie in het AZ Sint-Lucas Gent”, Scriptie, UGent, 2011-2012, www.scriptiebank.be, 7 en 14; Vraag nr. 3-2111 P. VANKRUNKELSVEN, *Hand. Senaat* 2006-07, 8 februari 2007, nr. 3-203, 57; M. COOPMAN, o.c., *Jura Falc.* 2007-08, (383) 397-398.

¹²³⁸ Resolutie van het Europees Parlement van 22 april 2008 over orgaandonatie en –transplantatie: beleidsmaatregelen op EU-niveau (2007/2210(INI)), *Pb. C.* 29 oktober 2009, afl. 259, 3.

¹²³⁹ Zie hierover: P. HOSTE, “Ontwikkeling van een zorgpad heart-beating orgaandonatie in het AZ Sint-Lucas Gent”, Scriptie, UGent, 2011-2012, www.scriptiebank.be, 15-17.

¹²⁴⁰ Zie ook: M. COOPMAN, o.c., *Jura Falc.* 2007-08, (383) 398.

¹²⁴¹ Zie *infra* § 5 van dit Hoofdstuk.

Donor Action Foundation vzw (die in België is gevestigd) en kent internationale toepassing met positieve effecten op het aantal overleden donoren.¹²⁴² Daarnaast impliceert het GIFT-basiscontract ook het volgen van opleidingen zoals het jaarlijkse GIFT symposium van de FOD Volksgezondheid, alsook het European Donor Hospital Education Program (EDHEP)¹²⁴³.

Aangezien het Europese Actieplan 2009-2015 en Richtlijn 2010/53/EU de Europese lidstaten aanspoorden tot het bevorderen van transplantatiecoördinatoren in alle ziekenhuizen, werd uiteindelijk beslist om het GIFT-project in die richting uit te breiden. Zo werd voorzien in een nieuw soort contract ter ondersteuning van de oprichting van lokale donorcoördinatiefuncties, alsook in bijkomende opleidingen.¹²⁴⁴ Met de erkenningsnormen voor de functies “lokale donorcoördinatie” (het KB Donorcoördinatie) beoogde de minister van Volksgezondheid dit GIFT-project structureel te verankeren.¹²⁴⁵

B. *De Belgische donorcoördinatieteams*

1. Samenstelling

264. Voor haar erkenning en werking moet een functie “lokale donorcoördinatie” beschikken over een multidisciplinair team.¹²⁴⁶ Dit team moet bestaan uit minstens één verpleegkundige en minstens één arts-specialist die houder is van de bijzondere beroepstitel in de intensieve zorg (intensivist).¹²⁴⁷ Er geldt dus slechts een gedeeltelijk artsenmonopolie voor de donorcoördinatie. Het aantal teamleden kan bepaald worden in verhouding met de omvang van het lokale ziekenhuis.¹²⁴⁸ De leden van het team moeten exclusief verbonden zijn aan dit ziekenhuis,¹²⁴⁹ wat een betere donordetectie mogelijk zal maken.¹²⁵⁰ Het team staat onder de gezamenlijke leiding van één van de verpleegkundigen en één van de intensivisten uit het team.¹²⁵¹

Er moet steeds één van de intensivisten van het team permanent oproepbaar zijn en binnen 15 minuten na oproep zich in het ziekenhuis kunnen bevinden.¹²⁵² Dit is op zich een logische voorwaarde, aangezien op ieder moment een potentiële donor kan overlijden en er vanaf dan snel moet worden gehandeld om de organen in bruikbare conditie te houden.¹²⁵³ Uit

¹²⁴² Zie uitvoeriger: www.donoraction.org.

¹²⁴³ Dit opleidingsprogramma bevat een workshop over het omgaan met de rouwende familie van de overleden donor. Zie: C. WIGHT *et al.*, “The European Donor Hospital Education Programme” in Y. ENGLERT (ed.), *Organ and Tissue Transplantation in the European Union*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, 175-179; *Vr. en Antw.* Kamer 2008-09, 14 januari 2009, 258 (Vr. nr. 171 M. PRÉVOT). Zie ook *infra* § 3, B.2.b over de rol van de familie.

¹²⁴⁴ Zie: Vraag nr. 15131 van mevr. Katia della Faille de Leverghem aan de vice-eersteminister en minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid, belast met Maatschappelijke Integratie over “een sensibiliseringscampagne inzake orgaandonatie”, 30 september 2009, CRABV 52, COM 645; <http://eodd2013.be/nl/gift>; P. HOSTE, “Ontwikkeling van een zorgpad heart-beating orgaandonatie in het AZ Sint-Lucas Gent”, Scriptie, UGent, 2011-2012, www.scriptiebank.be, 16; advies van de Nationale Raad voor ziekenhuisvoorzieningen van 12 mei 2011 m.b.t. orgaanwegneming en –transplantatie, <http://www.health.belgium.be>, 5; Verslag BROTCHE en TEMMERMAN, *Parl. St.* Senaat 2010-11, nr. 5-666/3, 43.

¹²⁴⁵ Verslag BURGEON, *Parl. St.* Kamer 2011-12, nr. 2158/2, 6. Zie ook: A.-C. SQUIFFLET, *o.c.*, *Ann. dr. Louvain* 2011, (357) 395 en 399; A.-C. SQUIFFLET, *o.c.*, *T. Gez.* 2010-11, (382) 392-393.

¹²⁴⁶ Art. 6 KB Donorcoördinatie. Het KB spreekt van ‘pluridisciplinair’ team. Dit begrip verschilt inhoudelijk echter niet van ‘multidisciplinair’. In dit proefschrift wordt de voorkeur gegeven aan deze laatste term, aangezien ‘pluridisciplinair’ geen correct nederlands, maar een gallicisme (in het Frans: *pluridisciplinaire*) is.

¹²⁴⁷ Art. 6, § 1 KB Donorcoördinatie.

¹²⁴⁸ Vgl. ONT, *Good Practice Guidelines in the process of Organ Donation*, 2011, www.ont.es, 14.

¹²⁴⁹ Art. 6, § 2 KB Donorcoördinatie.

¹²⁵⁰ M. NAVARRO-MICHEL, *o.c.* in A.-M. FARRELL, D. PRICE en M. QUIGLEY (eds.), *Organ shortage*, 2011, (151) 162.

¹²⁵¹ De ziekenhuisbeheerder moet het aanwijzen. Zie: art. 7 KB Donorcoördinatie. Doordat het donorcoördinatieteam rechtstreeks verantwoording moet afleggen aan de ziekenhuisbeheerder, heeft het – naar analogie met het Spaanse model – een zekere zelfstandigheid binnen het ziekenhuis om te bouwen aan een donatiebeleid. Vgl. S.T. GALLAGHER, *o.c.*, *Temp. Int'l. & Comp. L.J.* 2004, (403) 410.

¹²⁵² Art. 10 KB Donorcoördinatie.

¹²⁵³ Cf. *supra* Deel I, Hoofdstuk I, Afd. 2, § 1.

navraag blijkt echter dat deze permanentie niet voor alle Belgische ziekenhuizen haalbaar zou zijn.¹²⁵⁴

265. Er werd voorzien in een verbinding met de spoedgevallenzorg en de intensieve zorg. Zo moeten de leden van het donorcoördinatieteam elk beschikken over minstens vijf jaar ervaring in de spoedgevallenzorg en/of intensieve zorg als hoofdactiviteit.¹²⁵⁵ Zoals al gezegd, is deze verbinding logisch, nu overleden donoren doorgaans in het raam van (de aanwezige expertise van) de functies “gespecialiseerde spoedgevallenzorg” en intensieve zorg gevonden worden. De ervaring binnen de spoedgevallenzorg en/of de intensieve zorg is evenwel niet voldoende. Ieder lid van het donorcoördinatieteam moet een specifieke opleiding hebben genoten en het team moet zich zelf permanent bijscholen.¹²⁵⁶

De leden van het team mogen hun functie in het team combineren met een functie binnen de functies “gespecialiseerde spoedgevallenzorg” en intensieve zorg.¹²⁵⁷ Volgens het Spaanse model is het deeltijds karakter van de donorcoördinatorbetrekking van aanzienlijk belang. Zo kunnen ook kleinere ziekenhuizen voorzien in donorcoördinatoren zonder een voltijds salaris te moeten investeren. Het laat bovendien gemakkelijker toe om leden die wegens stress of de emotionele druk niet langer kunnen of willen functioneren in het team, gemakkelijker te verplaatsen en zo te vermijden dat ongemotiveerde medewerkers een negatieve invloed op de donordetectie en –effectuering uitoefenen.¹²⁵⁸

2. Taken

266. Het donorcoördinatieteam is niet rechtstreeks betrokken bij de orgaanwegname op zich. Deze moet worden uitgevoerd door het wegnemingsteam van een transplantatiecentrum waarmee een samenwerkingsakkoord werd afgesloten.¹²⁵⁹ Het donorcoördinatieteam mag evenmin rechtstreeks betrokken zijn bij de behandeling van de ontvanger.¹²⁶⁰ Deze onafhankelijkheidswaarborgen zijn wenselijk opdat het team de belangen van de overlijdende of overleden donor (en zijn familie) niet zou miskennen.

De taken van het donorcoördinatieteam in de transplantatieprocedure zijn essentieel ondersteunende handelingen die gericht zijn op een zo goed mogelijke donoreffectuering. Deze taken worden opgesomd in artikel 13 KB Donorcoördinatie en kunnen gelinkt worden aan de drie traditionele knelpunten van donoreffectuering: (a) gebrek aan donoridentificatie, (b) afkerigheid van het ziekenhuispersoneel ten aanzien van het vragen van toestemming aan de rouwende familie van de overledene en (c) gebrek aan klinisch donormanagement.¹²⁶¹

¹²⁵⁴ Slechts 67% van de ziekenhuizen zou beschikken over permanentie.

¹²⁵⁵ Art. 6, § 3 KB Donorcoördinatie.

¹²⁵⁶ Art. 9 KB Donorcoördinatie. Te denken valt aan het jaarlijkse GIFT-symposium of het EDHEP.

¹²⁵⁷ Art. 6, § 2 KB Donorcoördinatie.

¹²⁵⁸ M. ALVAREZ, o.c. in M.-J. THIEL (ed.), *Donner, recevoir un organe*, 2009, (43) 46; M. NAVARRO-MICHEL, o.c. in A.-M. FARRELL, D. PRICE en M. QUIGLEY (eds.), *Organ shortage*, 2011, (151) 163; R. MATESANZ et al., o.c., *Transpl. Int.* 2011, (333) 335.

¹²⁵⁹ Art. 12 KB Donorcoördinatie. Zie over deze samenwerkingsakkoorden *supra* § 2 van deze Afdeling.

¹²⁶⁰ Art. 11 KB Donorcoördinatie.

¹²⁶¹ Zie: A.-M. BRIELS, o.c., *Vl. T. Gez.* 1989, (324) 324; Informal consultation on organ transplantation (WHO/HLE/90.1), WHO Headquarters, Genève, 2-4 mei 1990, <http://apps.who.int>, nr. 6; W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 82-90 en 245, die deze ‘sub-optimale inzet van de medische professie’ als belangrijkste oorzaak van het orgaantekort beschouwt; R. MATESANZ, B. MIRANDA en C. FELIPE, o.c. in Y. ENGLERT (ed.), *Organ and Tissue Transplantation in the European Union*, 1995, (103) 103 en 114; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 13 en 31; B. MIRANDA, o.c., *Nephrol. Dial. Transplant* 1999, (15) 19-20; M. NAVARRO-MICHEL, o.c. in A.-M. FARRELL, D. PRICE en M. QUIGLEY (eds.), *Organ shortage*, 2011, (151) 162; A.-C. SQUIFFLET, o.c., *Ann. dr. Louvain* 2011, (357) 367.

a. Donoridentificatie

267. Wat betreft het probleem van gebrekkige donoridentificatie moet ervoor worden gezorgd dat de potentiële donoren binnen het ziekenhuis worden herkend en uiteindelijk bij het transplantatiecentrum terechtkomen. Hierbij kan een onderscheid worden gemaakt tussen twee fasen.

De eerste fase betreft de identificatie van potentiële donoren binnen de ziekenhuizen. Hieromtrent staan de coördinatieteams in voor het uitwerken van *protocolen* voor de samenwerking met, evenals de ten laste neming van potentiële donoren door de functies “gespecialiseerde spoedgevallenzorg” en intensieve zorg.¹²⁶² Daarbij moet het donorcoördinatieteam in het ziekenhuis waar de functie “lokale donorcoördinatie” gevestigd is, zorgen voor een *cultuur rond orgaandonatie*.¹²⁶³ Het team moet met name het ziekenhuispersoneel sensibiliseren en voorlichten over orgaandonatie, -wegneming en -transplantatie, alsook over de organisatie en werking van de functie “lokale donorcoördinatie”.¹²⁶⁴ Dit zal de medewerking van het ziekenhuispersoneel stimuleren. Een wettelijke verplichting om potentiële donoren door te verwijzen naar de functie “lokale donorcoördinatie” is er echter niet. Wel bestaat er een zekere deontologische medewerkingsplicht. Zo werd in een advies van 11 april 1987 van artsen verwacht dat ze zich bewust zijn van de mogelijkheden van orgaantransplantatie, hun positieve ingesteldheid hieromtrent naar de gemeenschap uitdragen om tot maximale solidariteit te komen en in het algemeen erover waken dat de mogelijkheden van de Orgaantransplantatiewet ten volle worden benut.¹²⁶⁵ In een advies van 14 december 1991 achtte de Nationale Raad vervolgens dat artsen overeenkomstig artikelen 99 t.e.m. 101 Code van Geneeskundige Plichtenleer hun medewerking moeten verlenen door met de nodige spoed de gepaste maatregelen te treffen ter bevordering van de donatie en transplantatie van organen van overleden personen.¹²⁶⁶

De tweede fase betreft de doorverwijzing via het lokale coördinatieteam. Overeenkomstig artikel 13, 3° KB Donorcoördinatie moeten de donorcoördinatoren alle potentiële overleden donoren aanmelden bij het transplantatiecentrum waarmee een samenwerkingsakkoord werd afgesloten (*‘routine referral’*).¹²⁶⁷ De aanmelding gebeurt meer bepaald bij het transplantatiecoördinatieteam,¹²⁶⁸ dat instaat voor de contacten met alle functies “lokale donorcoördinatie”. Net zoals bij het donorcoördinatieteam moet er bij het transplantatiecoördinatieteam steeds een lid zijn dat 24 uur per dag en 7 dagen per week bereikbaar is voor de nodige informatie-uitwisseling.¹²⁶⁹ Artikel 13, 3° KB Donorcoördinatie voorziet slechts in een aanmeldingsplicht van ‘potentiële’ donoren. Dit betekent dat de doorverwijzing naar een transplantatiecentrum enkel geldt voor overleden patiënten waarvan de organen (voorlopig) geschikt lijken voor transplantatiedoeleinden. De timing van de

¹²⁶² Art. 13, 1° KB Donorcoördinatie.

¹²⁶³ Verslag BURGEON, *Parl. St.* Kamer 2011-12, nr. 2158/2, 9; Verslag BROTCHE en TEMMERMAN, *Parl. St.* Senaat 2010-11, nr. 5-666/3, 5.

¹²⁶⁴ Art. 13, 9° en 10° KB Donorcoördinatie.

¹²⁶⁵ Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 11 april 1987 betreffende orgaantransplantatie, <http://www.ordomedic.be>, waar eveneens werd gesteld dat ze de wet niet mogen misbruiken door “*excessieve ijver*”.

¹²⁶⁶ Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 14 december 1991 betreffende de wegneming van organen, www.ordomedic.be.

¹²⁶⁷ Vgl. 42 CFR §482.45(a)(1) en 42 CFR §485.643 (a); ACOT Recommendations 17, 18 en 56, www.organdonor.gov; W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 179 en 246, waar hij zelf het ‘verplichte overwegingssysteem’ voorstelt.

¹²⁶⁸ Art. 10, § 2, 1° KB Transplantatiecentra. Zie ook al *supra* § 2, B.3.a.

¹²⁶⁹ Art. 10, § 2, 1° KB Transplantatiecentra. Deze bepaling lijkt te stellen dat het hele ‘coördinatieteam’ permanent aanwezig moet zijn. Dit lijkt een vergissing te zijn, nu het niet nodig en praktisch moeilijk is om het hele team permanent *stand-by* te laten staan.

aanmelding zal *infra* nog worden besproken.¹²⁷⁰ Tot slot moet worden opgemerkt dat dergelijke aanmeldingsplicht ook contractueel bepaald en uitgewerkt kan worden (m.n. in de GIFT-contracten met de FOD Volksgezondheid).¹²⁷¹

Op het niveau van het samenwerkingsverband “wegneming en transplantatie van organen” moeten richtlijnen voor de detectie van overleden potentiële donoren worden opgesteld.¹²⁷²

b. Contacten met de naasten

268. In elk van de onderzochte landen speelt de medewerking van de naasten van de overleden donor in beginsel een belangrijke rol bij het voortzetten van de orgaanwegnemingsprocedure.¹²⁷³ Dit veronderstelt de nodige contacten met de naasten. Hierover kan een belangrijke les worden geleerd uit het Amerikaanse ‘*required request*’. Zowel in de statelijke, als de federale wetgeving werd dit concept verankerd onder variërende verschijningsvormen (bv. verplichting tot verzoek aan de naasten om te beslissen; verplichting om slechts de optie van orgaandonatie voor te leggen; verplichting om slechts een protocol hierover op te stellen).¹²⁷⁴ De kerngedachte is telkens dat de naasten van iedere potentiële donor door het donorziekenhuis moeten worden geconsulteerd om zoveel mogelijk orgaanwegnemingen te kunnen realiseren.¹²⁷⁵ Weliswaar werd het succes van het *required request* aanvankelijk belemmerd wegens vele gevallen van niet-naleving door de artsen in de donorziekenhuizen.¹²⁷⁶ Zij ervoeren namelijk een psychologische drempel. Zo voelt het voor de artsen die de donor vlak voor zijn overlijden hebben behandeld, onwennig om plots te spreken over orgaandonatie ten behoeve van onbekende patiënten en zo geconfronteerd te worden met hun eigen therapeutisch falen.¹²⁷⁷ Bovendien ontbraken de kennis en de bereidheid om de rouwende, emotioneel kwetsbare naasten kort na het overlijden aan te spreken over een

¹²⁷⁰ Zie *infra* Deel V, Hoofdstuk I, Afd. 3, § 2, B.2.b.1).

¹²⁷¹ P. HOSTE, “Ontwikkeling van een zorgpad heart-beating orgaandonatie in het AZ Sint-Lucas Gent”, Scriptie, UGent, 2011-2012, www.scriptiebank.be, 17.

¹²⁷² Art. 6, § 2, 2°, j) KB Samenwerkingsverband. Zie over deze actor *infra* Afd. 2, § 5 van dit Hoofdstuk.

¹²⁷³ Zie uitvoerig *infra* Deel V, Hoofdstuk II, Afd. 3.

¹²⁷⁴ 42 CFR §482.45(a)(3) en 42 CFR §485.643(c); B.A. VERNIG en A.L. CAPLAN, “Required Request: What Difference Has It Made?”, *Transpl. Proc.* 1992, (2155) 2155; X., “Organ Donation and Transplantation” in S. SANBAR *et al.* (eds.), *Legal Medicine*, 2004 (6^{de} ed.), (271) 274 en 282; G. ANNAS, *The rights of patients*, New York, New York University Press, 2004 (3^{de} ed.), 323; G.J. BANKS, *o.c.*, *Am. J.L. & Med.* 1995, (45) 68; W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 179-181.

¹²⁷⁵ W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 179; O. HAZONY, “Increasing the supply of cadaver organs for transplantation: recognizing that the real problem is psychological not legal”, *Health Matrix* 1993, (219) 231.

¹²⁷⁶ O. HAZONY, *o.c.*, *Health Matrix* 1993, (219) 232-234; W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 187-189; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 103-105.

¹²⁷⁷ I. KENNEDY, *Treat me right: essays in medical law and ethics*, Oxford, Clarendon, 1991 (2^{de} ed.), 246; O. HAZONY, *o.c.*, *Health Matrix* 1993, (219) 237-238. Zie ook: J.E.M. AKVELD, “Juridische aspecten van orgaandonatie” in J.E.M. AKVELD, *et al.* (eds.), *Orgaandonatie, een kwestie van bereidheid*, Lelystad, Koninklijke Vermande, 1988, (15) 18-19; J.K. MASON, “Contemporary Issues in Organ Transplantation” in S.A.M. MCLEAN (ed.), *Contemporary Issues in Law, Medicine and Ethics*, Aldershot, Dartmouth, 1996, (117) 118; B. VAN HAELEWIJCK, *o.c.* in A. VAN ORSHOVEN en Y. EGBERT (eds.), “*Levenstestament*” en andere voorafgaande wilsverklaringen, 2003, (153) 159-160 en 163.

gevoelig onderwerp als orgaandonatie.¹²⁷⁸ Het verplichten van het behandelende personeel om de naasten aan te spreken is dus niet de meest efficiënte optie.¹²⁷⁹

De oplossing bestaat erin om deze verplichting te verschuiven van het behandelend personeel naar specifiek daartoe opgeleide coördinatoren.¹²⁸⁰ Zo bepaalt artikel 13, 5° KB Donorcoördinatie dat de donorcoördinatieteams instaan voor het plegen van *overleg met de familie* van de donor en eventueel andere betrokken personen. Deze overlegtaak moet gesitueerd worden binnen de consultatieplicht van de wegnemende arts uit artikel 10, § 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet.¹²⁸¹

c. Klinisch donormanagement

269. Het ‘klinisch management’ van de donor omvat het geheel van inspanningen voor het bewaren van de levensvatbaarheid van de organen van de donor voordat de eigenlijke orgaanwegneming kan plaatsvinden. Hiertoe is het donorcoördinatieteam allereerst belast het organiseren van de *vaststelling van de dood*.¹²⁸² Verder staat het in voor het nemen van de nodige acties voor de *donorconditionering* in de meest optimale functionele toestand.¹²⁸³ Daarnaast staat het team ook in voor bepaalde taken inzake de *karacterisering*.¹²⁸⁴ Aangezien de conditionering en de karakterisering medische activiteiten met betrekking tot orgaanwegneming zijn, kunnen ze volgens artikel 3, § 1, lid 1 Orgaantransplantatiewet enkel worden uitgevoerd door een arts (bv. één van de intensivisten van het team).¹²⁸⁵ De geoorloofdheidsvoorwaarden van de donorconditionering en karakterisering zullen in Deel VI (hoofdstuk V) uitvoeriger worden onderzocht.

270. Het klinische donormanagement is voor het donorziekenhuis weliswaar een kost in termen van personeel en gebruik van infrastructuur (m.n. bedden op intensieve zorgen). Hierdoor zullen (zeker de kleine) donorziekenhuizen niet snel geneigd zijn om hun medewerking te verlenen aan de donoreffectuering of zouden ze zelfs kunnen afhaken.¹²⁸⁶ Volgens het Spaanse model is het daarom van belang dat de donorziekenhuizen een vergoeding ontvangen voor de personeelskosten en materiaalkosten van de wegnemingsactiviteiten.¹²⁸⁷ Zo

¹²⁷⁸ O. HAZONY, o.c., *Health Matrix* 1993, (219) 233-237; M.F. ANDERSON, “The Future of Organ Transplantation: From Where Will New Donors Come, to Whom Will Their Organs Go?”, *Health Matrix* 1995, vol. 5, (249) 257; L.E. DOUGLASS, “Organ donation, procurement and transplantation: the process, the problems, the law”, *UMKC L. Rev.* 1996, (201) 216; A.C. MACDONALD, “Organ donation: the time has come to refocus the ethical spotlight”, *Stan. L. & Pol’y Rev.* 1997, (177) 180. Zie ook: J.K. MASON, o.c. in S.A.M. MCLEAN (ed.), *Contemporary Issues in Law, Medicine and Ethics*, 1996, (117) 118; J. HERRING, *Medical law and ethics*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 379; J.E.M. AKVELD, o.c. in H.A.M.J. TEN HAVE, D.P. ENGBERTS en L.E. KALKMAN-BOGERD (eds.), *Ethiek en recht in de gezondheidszorg*, 2007, losbl., XXIII, (203) 207.

¹²⁷⁹ Vgl. W. LAND en C. SCHULZ, o.c., *Health Policy* 1990, (127) 130-131; I. KENNEDY, *Treat me right*, 1991 (2^{de} ed.), 254; Memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, 22.358, nr. 3, 26; B. VAN HAELEWIJCK, o.c. in A. VAN ORSHOVEN en Y. EGBERT (eds.), *“Levenstestament” en andere voorafgaande wilsverklaringen*, 2003, (153) 162.

¹²⁸⁰ Vgl. J.E.M. AKVELD, o.c. in J.E.M. AKVELD et al. (eds.), *Orgaandonatie, een kwestie van bereidheid*, 1988, (15) 18-19; O. HAZONY, o.c., *Health Matrix* 1993, (219) 221 en 246-251 en 256-257; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 103-105; 42 CFR §482.45(a)(3) en 42 CFR §485.643(c) (de *designated requestor*). European Directorate for the Quality of Medicines and HealthCare, “Organ Shortage: Current Status and Strategies for the Improvement of Organ Donation – A European Consensus Document”, 2003, <http://www.edqm.eu, nr. 4.6.9>.

¹²⁸¹ Zie uitvoeriger *infra* Deel V, Hoofdstuk III, Afd. 2, § 1, C.

¹²⁸² Art. 13, 2° KB Donorcoördinatie. Zie uitvoeriger *infra* Deel V, Hoofdstuk I.

¹²⁸³ Art. 13, 1°, 4° KB Donorcoördinatie. Zie uitvoeriger *infra* Deel V, Hoofdstuk V.

¹²⁸⁴ Art. 13, 1°, 6°, 7° en 8° KB Donorcoördinatie. Deze onderzoeken vormen aldus een aanvulling op de karakterisering door de artsen van het transplantatiecentrum overeenkomstig art. 9, lid 2 en art. 10/14 e.v. KB Transplantatiecentra.

¹²⁸⁵ Zie evenwel de discussie *supra* § 2, B.3.b.

¹²⁸⁶ Vgl. *Vr. en Antw.* Senaat 2004-05, 9 februari 2005, 3326 (Vr. nr. 3-2200 WILLEMS), waar het gebrek aan samenwerking werd geweten aan financiële redenen.

¹²⁸⁷ R. MATESANZ et al., o.c., *Transpl. Int.* 2011, (333) 335; M. ALVAREZ, o.c. in M.-J. THIEL (ed.), *Donner, recevoir un organe*, 2009, (43) 47 (6.000 euro voor een multi-orgaanwegneming; 4.500 euro voor nierwegneming); M. NAVARRO-MICHEL, o.c. in A.-

werd ook in België bij KB voorzien dat het donorziekenhuis een zgn. conditioneringsvergoeding ontvangt via het coördinerende transplantatiecentrum.¹²⁸⁸

Volgens E. Costas-Lombardía en J. Fereres Castiel heeft het Spaanse vergoedingssysteem echter ook een schaduwzijde.¹²⁸⁹ Ze beweren dat het Spaanse model enkel maar succesvol is omdat een deel van de vergoeding zou worden doorgerekend in het loon van de transplantatiecoördinatoren. Zij zouden hierdoor extra alert zijn voor potentiële donoren en families gaan overhalen om orgaanwegname toe te laten. In verband daarmee waarschuwde de Nationale Raad van de Orde van Geneesheren reeds voor de agressiviteit van het Spaanse systeem, waar de coördinatoren een ware ‘jacht’ op organen houden omwille van het financiële voordeel dat ze eruit kunnen halen.¹²⁹⁰ Men achtte dit zelfs strijdig met het verbod op orgaanhandel.¹²⁹¹

Dit laatste moet echter toch enigszins genuanceerd worden. De artsen/ziekenhuizen zullen in België überhaupt pas het verbod op orgaanhandel uit artikel 4, § 4 Orgaantransplantatiewet schenden indien er sprake is van een ‘winstoogmerk’.¹²⁹² In dezelfde lijn vereist de schending van artikel 4, § 3 een oogmerk van ‘financiële of vergelijkbare voordelen’. Dit zal niet het geval zijn indien de betaling overeenkomt met de bij KB bepaalde *forfaitaire* conditioneringsvergoeding, dan wel de vergoeding voor de *concrete* kosten niet te boven gaat.¹²⁹³

Wat nu indien het donorziekenhuis vanwege het transplantatiecentrum toch een bedrag bovenop de loutere onkostenvergoeding ontvangt, zodat er wel sprake is van winst of voordeel? Ten aanzien van het *donorziekenhuis* zal het er dan van afhangen hoe streng het vereiste van ‘wegnemen van organen’ uit het huidige artikel 4, § 4 Orgaantransplantatiewet wordt

M. FARRELL, D. PRICE en M. QUIGLEY (eds.), *Organ shortage*, 2011, (151) 163. Zie ook: W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 82 en 176; European Directorate for the Quality of Medicines and HealthCare, “Organ Shortage: Current Status and Strategies for the Improvement of Organ Donation – A European Consensus Document”, 2003, <http://www.edqm.eu>, nr. 4.9.2.; Commission staff working document - Impact Assessment, SEC(2008) 2956, <http://eur-lex.europa.eu>, 64; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 29.

¹²⁸⁸ Het gaat meer bepaald om een forfaitair bedrag voor alle kosten in verband met het toezicht op en de conditionering van een donor met het oog op prelevatie voor orgaantransplantatie (nl. de geneeskundige, farmaceutische en ziekenhuiskosten, incl. bepaalde onderzoeken van de donor en de kosten voor het gebruik van de infrastructuur van de instelling waar de prelevatie gebeurt) en dit per getransplanteerd orgaan: art. 14, m van de bijlage bij het KB van 14 september 1984 tot vaststelling van de nomenclatuur van geneeskundige verstrekkingen inzake verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, BS 29 september 1984 (codes 318.135 en 318.146). Zie ook: P. LORMANS *et al.*, o.c. in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (96) 115; Vraag nr. 15131 van mev. Katia della Faille de Leverghem aan de vice-eersteminister en minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid, belast met Maatschappelijke Integratie over “een sensibiliseringscampagne inzake orgaandonatie”, 30 september 2009, CRABV 52, COM 645; <http://eodd2013.be/nl/gift>; P. HOSTE, “Ontwikkeling van een zorgpad heart-beating orgaandonatie in het AZ Sint-Lucas Gent”, Scriptie, UGent, 2011-2012, www.scriptiebank.be, 16; advies van de Nationale Raad voor ziekenhuisvoorzieningen van 12 mei 2011 m.b.t. orgaanwegname en –transplantatie, <http://www.health.belgium.be>, 5; Verslag BROTHI en TEMMERMAN, *Parl. St. Senaat* 2010-11, nr. 5-666/3, 43; advies van de Nationale Raad voor ziekenhuisvoorzieningen van 10 mei 2012 m.b.t. orgaanwegname en orgaantransplantatie, <http://www.health.belgium.be>, 2 en 6; Commission staff working document - Impact Assessment, SEC(2008) 2956, <http://eur-lex.europa.eu>, 51 (3.000 euro en aanvullend 60 euro per patiëntendossier); NIVEL, *ACTOR study*, 2013, www.ec.europa.eu, 28.

¹²⁸⁹ E. COSTAS-LOMBARDÍA en J. FERERES CASTIEL, “The easy success of the Spanish Model for Organ Transplantation”, *Artificial Organs* 2011, (835) 835-836.

¹²⁹⁰ Zie: Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 17 september 2011 betreffende de wetsvoorstellen tot wijziging van de wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, www.ordomedic.be. Zie ook: E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen. De praktijk van postmortale orgaandonatie: een kritische beschouwing*, Utrecht, Van der Wees, 1999, 370-373.

¹²⁹¹ Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 17 september 2011 betreffende de wetsvoorstellen tot wijziging van de wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, www.ordomedic.be, waar werd verwezen naar art. 4 Orgaantransplantatiewet en art. 10 Code van geneeskundige plichtenleer. Vgl. E. COSTAS-LOMBARDÍA en J. FERERES CASTIEL, o.c., *Artificial Organs* 2011, (835) 835-836, die spreken van ‘onrechtstreekse orgaanhandel’.

¹²⁹² Zie hierover *supra* Hoofdstuk I, Afd. 2, § 1 van dit Deel.

¹²⁹³ Vgl. *Wichita Falls General Hospital v. Adolf* [1987], 728 S.W.2d 604, waar het donorziekenhuis een vergoeding had gekregen voor het testen en preserven van het orgaan van een overleden donor, maar deze zelfs lager bleek dan de eigenlijke kosten, zodat de rechter stelde dat er geen sprake was van een commerciële activiteit.

geïnterpreteerd.¹²⁹⁴ Volgens de strikte interpretatie zullen de handelingen van het lokale donorziekenhuis normaal geen wegnemen van organen uitmaken. Er zou ook gedacht kunnen worden aan een strafbaarstelling op grond van artikel 4, § 3 Orgaantransplantatiewet (‘onder de aandacht brengen van de beschikbaarheid van organen met het oog op het behalen van financiële voordelen’), maar slechts indien ‘onder de aandacht brengen’ niet enkel in de zin van publieke maar ook private aandacht (*in casu* tussen donorziekenhuis en transplantatiecentrum) wordt geïnterpreteerd, wat schijnbaar strijdig zou zijn met de Franstalige versie van de wet.¹²⁹⁵ Ten aanzien van het *transplantatiecentrum* zal er wél sprake zijn van een orgaanwegname in strikte zin, maar er zou dan weer kunnen worden gesteld dat er geen winstoogmerk is in de zin van artikel 4, § 4. In de voorliggende hypothese krijgt het centrum immers geen winst, maar verstrekt ze die aan het donorziekenhuis. Toch wil dit nog niet zeggen dat het verstrekken van dergelijke bijkomende vergoeding geoorloofd is. Het transplantatiecentrum zou ten eerste als een deelnemer (art. 66 e.v. Sw.) aan een misdrijf van het donorziekenhuis strafbaar worden gesteld. Ten tweede lijkt het transplantatiecentrum strafbaar te kunnen worden gesteld op basis van artikel 4, § 3 Orgaantransplantatiewet (‘onder de aandacht brengen van de behoefte aan organen met het oog op financiële voordelen aan te bieden’), afhankelijk van hoe strikt of ruim ‘onder de aandacht brengen’ wordt geïnterpreteerd. Ten slotte zou een beding waarmee wordt voorzien in een bijkomende vergoeding, nog als een vorm van verboden mededingingsbeperking kunnen worden aangezien.¹²⁹⁶ Hoe dan ook maakt de onzekerheid bij de voorgaande analyse eens te meer duidelijk waarom er, zoals voorgesteld, nood is aan een verfijning van het verbod op orgaanhandel.¹²⁹⁷

3. Inbedding in het ziekenhuismonopolie op orgaanwegname

a. Algemene ziekenhuizen

271. Hierboven kwam al aan bod dat orgaanwegname bij overleden donoren moet plaatsvinden in een transplantatiecentrum *of* in een ander ziekenhuis.¹²⁹⁸ Weliswaar kan niet in eender welk ander ziekenhuis tot orgaanwegname worden overgegaan. Er moet voldaan zijn aan twee voorwaarden: de aanwezigheid van een erkende functie “lokale donorcoördinatie” (*infra* 1) én het bestaan van een samenwerkingsakkoord met deze functie (*infra* 2).

1) Aanwezigheid van een functie “lokale donorcoördinatie”

272. De eerste voorwaarde vloeit voort uit artikel 4, § 1 KB Donorcoördinatie. Deze bepaling luidt dat elk algemeen ziekenhuis waarbinnen wordt overgegaan tot wegneming van organen van overledenen, moet beschikken over een erkende functie “lokale donorcoördinatie”. Door de coördinatie op lokaal ziekenhuisniveau te organiseren in plaats van op regionaal niveau zoals de Amerikaanse *Organ Procurement Organizations*, kan een efficiëntere organisatie en dus een

¹²⁹⁴ Zie hierover *supra* Hoofdstuk I, Afd. 2, § 1, B van dit Deel.

¹²⁹⁵ Zie hierover *supra* Hoofdstuk I, Afd. 2, § 1, C van dit Deel.

¹²⁹⁶ Cf. art. 2 Wet van 10 juni 2006 tot bescherming van de economische mededinging, *BS*. Zie over deze materie in het algemeen: D. FORNACIARI, *De wisselwerking tussen het mededingingsrecht en het recht op kwaliteitsvolle zorg van de patiënt*, Brugge, die Keure, 2011, 315 p.

¹²⁹⁷ Zie over dit voorstel *supra* Hoofdstuk I, Afd. 2, § 4, A.

¹²⁹⁸ Art. 3, § 2, lid 1 Orgaantransplantatiewet.

groter donoraantal verwacht worden. De coördinatoren zullen zo immers beter op de hoogte zijn van de lokale factoren en beter de professionals kunnen beïnvloeden.¹²⁹⁹

Voor de installatie van dergelijke functie is onder meer vereist dat het algemeen ziekenhuis vooraf reeds beschikt over een erkende functie voor intensieve zorg en een erkende functie “gespecialiseerde spoedgevallenzorg”.¹³⁰⁰ Dit is logisch, nu overleden donoren doorgaans in het raam van (de aanwezige expertise van) deze functies gedetecteerd en geconditioneerd zullen worden. Uiteraard vereist dit dan ook een investering om voldoende bedden voor deze functies beschikbaar te stellen.¹³⁰¹

273. De voorwaarde van aanwezigheid van een functie “lokale donorcoördinatie” kan echter op twee punten bekritiseerd worden. Enerzijds heeft ze tot gevolg dat het wegnemingsteam van het transplantatiecentrum geen orgaanwegnemingen zouden kunnen verrichten in de (vaak kleinere) ziekenhuizen die niet over een erkende functie “lokale donorcoördinatie” beschikken, maar toch een overleden donor aanmelden. Dit is tegenstrijdig met de bedoeling van de Orgaantransplantatiewet om zoveel mogelijk geschikte (overleden) donoren te benutten.¹³⁰² Eventueel zou de bestraffing wegens overtreding van deze voorwaarde kunnen worden omzeild via een beroep op de rechtsfiguur van de noodtoestand,¹³⁰³ gelet op het dringend karakter van de wegneming voor de gezondheid van de ontvanger. Weliswaar is dit geen rechtszekere oplossing.

Anderzijds dreigt deze voorwaarde onvoldoende de donordetectie via de lokale ziekenhuizen te waarborgen. Er wordt immers enkel vereist dat er een functie “lokale donorcoördinatie” wordt opgericht indien in het betreffende ziekenhuis organen worden weggenomen. Het staat ziekenhuizen daarentegen vrij om al dan niet een functie “lokale donorcoördinatie” op te richten en om te participeren aan een donordetectienetwerk. Dit is vreemd. In het licht van het orgaantekort zou het toch veel logischer zijn om de lokale ziekenhuizen ertoe aan te zetten om aan de donordetectie te participeren in plaats van enkel de orgaanwegneming afhankelijk te maken van deze participatie?

Om aan deze twee kritiekpunten te verhelpen, kan m.i. worden aangesloten bij twee vervallen wetsvoorstellen van 2011 tot oprichting van een donordetectienetwerk in België, naar het voorbeeld van Spanje.¹³⁰⁴ Om de participatie tussen lokale ziekenhuizen en

¹²⁹⁹ Vgl. EDQM, “Organ Shortage: Current Status and Strategies for the Improvement of Organ Donation – A European Consensus Document”, 2003, <http://www.edqm.eu>, nr. 4.9.3.

¹³⁰⁰ Art. 4, § 2 KB Donorcoördinatie. Zie voor de functie voor intensieve zorg: KB van 27 april 1998 houdende vaststelling van de normen waaraan een functie voor intensieve zorg moet voldoen om erkend te worden, *BS* 19 juni 1998. Zie voor de functie “gespecialiseerde spoedgevallenzorg”: KB van 27 april 1998 houdende vaststelling van de normen waaraan een functie “gespecialiseerde spoedgevallenzorg” moet voldoen om erkend te worden, *BS* 19 juni 1998.

¹³⁰¹ A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, 1999, 23; M. NAVARRO-MICHEL, o.c. in A.-M. FARRELL, D. PRICE en M. QUIGLEY (eds.), *Organ shortage*, 2011, (151) 169; ONT, *Good Practice Guidelines in the process of Organ Donation*, 2011, www.ont.es, 33. Zie ook: advies van de Nationale Raad voor ziekenhuisvoorzieningen van 10 mei 2012 m.b.t. orgaanwegneming en orgaantransplantatie, <http://www.health.belgium.be>, 3 en advies van de Nationale Raad voor ziekenhuisvoorzieningen van 12 mei 2011 m.b.t. orgaanwegneming en –transplantatie, <http://www.health.belgium.be>, 6, waar werd gesteld dat de lange duurtijd van een wegnemingsprocedure problematisch kan zijn bij een heel drukke bezetting in het ziekenhuis.

¹³⁰² Vgl. ook met Frankrijk, waar orgaanwegneming enkel mag worden uitgevoerd in instellingen die erkend zijn om het orgaan in kwestie weg te nemen (art. L1233-1, lid 1 en R1233-2 Code de la Santé Publique), en de kritiek hierop in: M.-A. HERMITTE, “Le droit de la responsabilité en matière de transplantation” in R. CARVAIS en M. SASPORTES (eds.), *La greffe humaine*, Parijs, Presses universitaires de France, 2000, (701) 707, die meent dat dit een organisatiefout kan zijn die tot aansprakelijkheid van de overheid kan leiden.

¹³⁰³ Zie over de voorwaarden van de noodtoestand *infra* Deel IV, Hoofdstuk II, Afd. 2., § 2, D.1.

¹³⁰⁴ Wetsvoorstel van 18 januari 2011 tot oprichting van een transplantatienetwerk in België, *Parl. St.* Senaat 2010-11, nr. 5-667/1, 2; Wetsvoorstel van 10 februari 2011 tot wijziging van de wet betreffende de ziekenhuizen en andere verzorgingsinrichtingen, gecoördineerd op 10 juli 2008, wat betreft de oprichting van een transplantatienetwerk in België, *Parl. St.* Kamer 2010-2011, nr. 53-1203/1, 3. Zie ook al: *Vr. en Antw.* Senaat 2004-05, 1 oktober 2004, 2350 (Vr. nr. 3-1519 H. VANDENBERGHE), waar werd gepleit voor een wettelijke verplichting tot het vervoeren van hersendode patiënten naar een transplantatiecentrum.

transplantatiecentra niet langer van loutere goodwill te laten afhangen, werd voorgesteld om de erkenning van ziekenhuizen afhankelijk te maken van het sluiten van een samenwerkingsovereenkomst met één van de Belgische transplantatiecentra.¹³⁰⁵ De kostprijs van de realisatie van dit voorstel werd geraamd op 2.000.000 euro, maar dankzij de uitgespaarde kosten van nierdialyse en de heractivering van de patiënt op de arbeidsmarkt werd er in totaal een besparing van 48.000.000 euro verwacht.¹³⁰⁶ Uit het Spaanse model volgt weliswaar dat loutere samenwerking niet voldoende is, maar er zeker ook lokaal getrainde professionals aanwezig moeten zijn met het oog op donordetectie en -effectuering. Bijgevolg moet de erkenningsvoorwaarde meer bepaald luiden dat de ziekenhuizen eerst een functie “lokale donorcoördinatie” installeren, die vervolgens het samenwerkingsakkoord met het transplantatiecentrum sluit en naleeft.

Uiteraard is goodwill vanwege de lokale ziekenhuizen een onvoldoende, maar weliswaar noodzakelijk vereiste voor de efficiënte werking van dergelijk donordetectienetwerk.¹³⁰⁷ Aldus moet de voorgestelde erkenningsvoorwaarde gepaard gaan met sensibilisering en opleiding binnen de lokale ziekenhuizen,¹³⁰⁸ wat m.i. geïncorporeerd kan worden in de opleidingscomponent van het GIFT-project en de functies “lokale donorcoördinatie”.

2) *Het samenwerkingsakkoord met een transplantatiecentrum*

274. De tweede voorwaarde heeft betrekking op het sluiten van samenwerkingsakkoorden. Voor de *erkenning* van een functie “lokale donorcoördinatie” is vereist dat deze functie een juridisch geformaliseerd samenwerkingsakkoord sluit met een *of* meerdere transplantatiecentra.¹³⁰⁹ Aan deze centra zal de functie “lokale donorcoördinatie” dat overleden patiënten als potentiële donoren moeten aanmelden.¹³¹⁰ Hoewel juridisch niets werd bepaald over de inhoud van deze samenwerkingsakkoorden, kan dus worden aangenomen dat ze onder meer de aanmeldingsprocedure regelen, alsook stipuleren hoe het transplantatiecentrum de functie hierin kan ondersteunen.¹³¹¹

Vice versa is ook voor de erkenning van een transplantatiecentrum vereist dat het schriftelijke, maar niet noodzakelijk exclusieve juridisch geformaliseerde samenwerkingsakkoorden sluit met ziekenhuizen die beschikken over een functie “lokale donorcoördinatie”.¹³¹² Uit de tekst van het KB Transplantatiecentra valt af te leiden dat het

¹³⁰⁵ Eventueel kan men deze erkenningsvoorwaarde in een eerste fase beperken tot ziekenhuizen met functies voor intensieve zorg of “gespecialiseerde spoedgevallenzorg”. Ook in het Spaanse model was dit het geval, nu hier hersendode donoren voornamelijk te vinden zijn (zie: R. MATESANZ, B. MIRANDA en C. FELIPE, o.c. in Y. ENGLERT (ed.), *Organ and Tissue Transplantation in the European Union*, 1995, (103) 106 en 114). Aangezien het gebruik van niet-hersendode donoren evenwel toeneemt (zie *infra* Deel V, Hoofdstuk I, Afd. 3, § 1, B.2.), lijkt toch eerder te moeten worden gedacht aan functies “lokale donorcoördinatie voor alle ziekenhuizen. Vgl. ook met Frankrijk, waar alle gezondheidszorginstellingen moeten meewerken aan orgaanwegname door zich aan te sluiten bij een wegnemingsnetwerk (art. L1233-1, lid 3 en R1233-13 Code de la Santé Publique), en met de VSA, waar voor de terugbetaling via Medicare en Medicaid vereist is dat het ziekenhuis een akkoord sluit met een Organ Procurement Organization en dat transplantatiecentra lid moeten zijn van het Organ Procurement and Transplantation Network (42 C.F.R. § 482.45, § 482.72 en § 485.643). Zie echter: Advies van 12 september 2011 over de draagwijdte en de visie die ten grondslag liggen aan de wetsvoorstellen nr. 5-666, 5-667, 5-897, 5-922 en 5-1024 over orgaandonatie, die in de Senaat worden besproken, *Jaarboek en Verslagen van de Koninklijke Academie voor Geneeskunde van België* 2011, 73, waar de pertinentie van het voorstel tot oprichting van een donordetectienetwerk in vraag werd gesteld, aangezien het GIFT-project al zou worden uitgebreid. Weliswaar is participatie aan het GIFT-project vrijblijvend.

¹³⁰⁶ Verslag BROTCCHI en TEMMERMAN, *Parl. St.* Senaat 2010-11, nr. 5-666/3, 14 en 47.

¹³⁰⁷ W. LAND en C. SCHULZ, o.c., *Health Policy* 1990, (127) 129-130.

¹³⁰⁸ Verslag BROTCCHI en TEMMERMAN, *Parl. St.* Senaat 2010-11, nr. 5-666/3, 14.

¹³⁰⁹ Art. 14, lid 1 KB Donorcoördinatie.

¹³¹⁰ Art. 13, 3° KB Donorcoördinatie.

¹³¹¹ Verslag BROTCCHI en TEMMERMAN, *Parl. St.* Senaat 2010-11, nr. 5-666/3, 6.

¹³¹² Art. 10/22 KB Transplantatiecentra.

minstens op twee van dergelijke samenwerkingsakkoorden per centrum moet gaan. Wellicht is het evenwel de bedoeling om een ruimer netwerk van functies “lokale donorcoördinatie” op te bouwen. Deze functies vormen dan als het ware de voelsprietten van de transplantatiecentra in de zoektocht naar overleden donoren.

275. Voor de *orgaanwegname* vereist artikel 3, § 2, lid 1 Orgaantransplantatiewet echter dat het ziekenhuis (met functie “lokale donorcoördinatie”) een samenwerkingsakkoord heeft gesloten met “*een transplantatiecentrum dat verantwoordelijk is voor de wegneming*”. Hoewel gesproken worden over ‘een’ transplantatiecentrum, volgt uit dit vereiste dat het centrum voor de wegneming verantwoordelijk zal zijn, onmiskenbaar dat het samenwerkingsakkoord moet bestaan tussen de functie waar de wegneming geschiedt en het centrum waarvan het wegnemingsteam deze wegneming komt verrichten. Er kan immers bezwaarlijk worden aangenomen dat het ene transplantatiecentrum verantwoordelijk zal zijn voor de wegneming door een ander centrum.

Welnu, in het huidige orgaantoewijzingsmodel kan het gebeuren dat bv. een lokaal ziekenhuis een overleden donor aanmeldt bij het UZ Antwerpen, omdat deze met het oog op hun erkenning een samenwerkingsovereenkomst hebben gesloten, maar dat het orgaan van de donor wordt toegewezen aan een ontvanger in het UZ Leuven, dat slechts met enkele andere ziekenhuizen een samenwerkingsovereenkomst heeft gesloten. Bij gebrek aan samenwerkingsovereenkomst met dat lokaal ziekenhuis zou het wegnemingsteam van het UZ Leuven krachtens de bovenstaande interpretatie van artikel 3, § 2, lid 1 Orgaantransplantatiewet er geen orgaanwegname mogen verrichten, ondanks de geldige orgaantoewijzing.

Dit zou *de facto* betekenen dat elk transplantatiecentrum met alle mogelijke donorziekenhuizen overeenkomsten zal moeten sluiten. Dit impliceert een zware administratieve en tijdrovende belasting, die uiteindelijk zal leiden tot een kluwen van samenwerkingsovereenkomsten. Het feit dat niets werd bepaald of toegelicht over de inhoud van de samenwerkingsovereenkomsten versterkt deze nadelen. Hiermee is de transplantatiesector vanzelfsprekend niet gebaat en dreigt de goede werking van de transplantatiepraktijk te worden ondermijnd. Nochtans werd op het niveau van de EU al verscheidene keren terecht benadrukt dat administratieve belasting en bureaucratisering van de transplantatiesector zoveel mogelijk vermeden moet worden.¹³¹³ Richtlijn 2010/53/EU of het Actieplan 2009-2015 bevatten dan ook geen enkele verplichting tot het sluiten van samenwerkingsakkoorden met alle lokale ziekenhuizen.

276. Waarom dan vereisen dat er telkens een samenwerkingsovereenkomst bestaat tussen het lokale ziekenhuis en het transplantatiecentrum dat de wegneming verricht? Het waarborgen van kwaliteit en veiligheid kan bezwaarlijk de reden zijn. De wet en de KB’s leggen namelijk zelf al kwaliteits- en veiligheidsmaatregelen op, en dit lijkt voldoende te zijn. De afwezigheid van een samenwerkingsovereenkomst bleek in het verleden alleszins geen kwaliteits- of veiligheidsproblemen te geven.

Verder vereist de efficiënte werking van een donordetectienetwerk evenmin dat er tussen ieder ziekenhuis en transplantatiecentrum een akkoord bestaat. Een akkoord met één

¹³¹³ Zie o.a.: National Expert Meeting on Organ Donation and Transplantation at Community Level: Working Group on Quality and Safety – Summary Report, 23 oktober 2007, Brussel, http://ec.europa.eu/health/blood_tissues_organ, 12; Resolutie van het Europees Parlement van 22 april 2008 over orgaandonatie en –transplantatie: beleidsmaatregelen op EU-niveau (2007/2210(INI)), *Pb. C.* 29 oktober 2009, afl. 259, 3; CPME Statement concerning the Communication from the European Commission “Organ Donation and Transplantation: Policy Actions at EU Level” (COM(2007) 275 final), www.cpme.eu, 2 en 4.

transplantatiecentrum per lokaal ziekenhuis volstaat opdat de overleden donor kan worden aangemeld en via het transplantatiecentrum vervolgens aan de Europese orgaanuitwisselingsorganisatie¹³¹⁴ wordt aangegeven.

Op de keper beschouwd moet worden aangenomen dat artikel 3, § 2, lid 1 Orgaantransplantatiewet de transplantatiepraktijk onnodig dreigt te verzwaren en bijgevolg moet worden gewijzigd.

b. Universitaire ziekenhuizen

277. Artikel 4 KB Donorcoördinatie spreekt enkel van algemene ziekenhuizen. Hieruit kan worden afgeleid dat de aanwezigheid van een functie “lokale donorcoördinatie” niet vereist is voor de orgaanwegname in een universitair ziekenhuis. De oprichting van dergelijke functie in een universitair ziekenhuis is een loutere mogelijkheid.¹³¹⁵

De taken van de transplantatiecoördinatoren zijn ruim omschreven waardoor ze reeds verschillende taken van de donorcoördinatoren omvatten.¹³¹⁶ Weliswaar ontbreekt een belangrijke taak van de donorcoördinatoren in het takenpakket van de transplantatiecoördinatoren: het sensibiliseren, voorlichten en organiseren van vorming van het ziekenhuispersoneel inzake de orgaandonatie en donorcoördinatie.¹³¹⁷

278. Indien een functie “lokale donorcoördinatie” wordt opgericht in een universitair ziekenhuis *met* erkend transplantatiecentrum, dan is voor de erkenning van deze functie bij wijze van uitzondering niet vereist dat deze functie een samenwerkingsakkoord met een of meerdere transplantatiecentra heeft gesloten. Het volstaat dat deze functie de overleden patiënten als potentiële donoren aanmeldt bij het transplantatiecentrum van het ziekenhuis waar de functie gevestigd is.¹³¹⁸

Voor de orgaanwegname door een wegnemingsteam van een ander transplantatiecentrum zal evenmin een samenwerkingsakkoord moeten worden gesloten (behoudens bij *cross-over* donatie¹³¹⁹). Artikel 3, § 2, lid 1 Orgaantransplantatiewet vereist dergelijke akkoord immers enkel wanneer deze wegneming geschiedt in een ziekenhuis zonder transplantatiecentrum. Wanneer bv. een orgaan van een overleden donor in het UZ Antwerpen, wordt toegewezen aan een ontvanger in het UZ Gent, dan kan het wegnemingsteam zonder samenwerkingsakkoord hierover het orgaan van de donor in het UZ Antwerpen komen wegnemen.

279. *A contrario* moet worden aangenomen dat de erkenning van een functie “lokale donorcoördinatie” in een universitair ziekenhuis *zonder* erkend transplantatiecentrum wel vereist dat er een samenwerkingsakkoord tussen deze functie en een of meerdere transplantatiecentra tot stand komt. Maar wederom zal het ontbreken van dergelijke akkoord niet beletten dat het wegnemingsteam van een transplantatiecentrum overgaat tot orgaanwegname in het universitair ziekenhuis zonder transplantatiecentrum.

¹³¹⁴ Zie *infra* § 5 van deze Afdeling.

¹³¹⁵ Dit wordt impliciet bevestigd in art. 14, lid 2 KB Donorcoördinatie.

¹³¹⁶ Vgl. met name art. 9, lid 2 en art. 10, 2°, 3° en 4° KB Transplantatiecentra met art. 13, 1°, 2°, 4°, 5°, 6° en 7° KB Donorcoördinatie.

¹³¹⁷ Vgl. art. 13, 9° en 10° KB Donorcoördinatie.

¹³¹⁸ Art. 14, lid 2 en 3 KB Donorcoördinatie.

¹³¹⁹ Art. 10/24 KB Transplantatiecentra.

§ 4. ORGAANSPECIFIEKE ACTOREN

A. *Zorgprogramma's Cardiale Pathologie T*

1. Algemeen

280. Krachtens artikel 12 Ziekenhuiswet kunnen bij KB door middel van zogenaamde zorgprogramma's regelingen worden getroffen voor specifieke pathologieën. Aangezien cardiovasculaire aandoeningen in België een belangrijke oorzaak van morbiditeit en mortaliteit zijn, werden hieromtrent specifieke normen opgelegd bij KB van 15 juli 2004 houdende vaststelling van de normen waaraan de zorgprogramma's "cardiale pathologie" moeten voldoen om erkend te worden¹³²⁰ (verkort: KB Cardiale Pathologie). Dit KB regelt onder andere de erkenningsnormen voor de zorgprogramma's cardiale pathologie T, die betrekking hebben op hart- en hartlongtransplantatie.¹³²¹

Een zorgprogramma cardiale pathologie T richt zich meer bepaald tot patiënten met terminaal hartfalen dat 'refractair' of ongevoelig is aan elke (andere) medische en/of chirurgische behandeling.¹³²² Op dergelijke hart- en hartlongtransplantaties is het KB Transplantatiecentra in principe niet van toepassing.¹³²³ Uit navraag blijkt dat longtransplantaties (zonder hart), die geen eigen nomenclatuurcode hebben,¹³²⁴ worden gefactureerd als hartlongtransplantaties. Deze praktijk betekent uiteraard niet dat longtransplantaties ook onder KB Cardiale Pathologie vallen. Op deze longtransplantaties blijft het KB Transplantatiecentra wel van toepassing.

281. De erkenning als zorgprogramma T vereist de aanwezigheid van een aantal infrastructurele voorzieningen en van een bepaalde personeelssamenstelling.

Qua infrastructuur is onder meer vereist dat het zorgprogramma T wordt aangeboden door een ziekenhuis op één vestigingsplaats. Dit ziekenhuis moet eveneens beschikken over een zorgprogramma cardiale pathologie B, dat als het basisprogramma kan worden beschouwd.¹³²⁵ Het zorgprogramma moet beschikken over alle logistieke en omgevingselementen van een zorgprogramma B, alsook enkele bijkomende elementen, zoals een operatiezaal-infrastructuur voor gelijktijdige prelevatie en transplantatie, een infrastructuur voor bewaring en perfusie van organen, een geïsoleerde en een intensieve zorgomgeving en een multidisciplinair programma voor terminaal hartfalen.¹³²⁶

Qua personeelssamenstelling moet het programma T beschikken over een medische equipe bestaande uit minstens twee voltijdse chirurgen met bijzondere bekwaamheid in de hartchirurgie en ervaring in transplantatietechnieken, alsook minstens twee cardiologen met bijzondere bekwaamheid in de harttransplantatieproblematiek.¹³²⁷ Er is nauwe samenwerking

¹³²⁰ BS 13 september 2004.

¹³²¹ Dit werd reeds geprogrammeerd bij art. 1 en 2bis, § 1, 5° KB van 15 februari 1999 tot vaststelling van de lijst van zorgprogramma's zoals bedoeld in artikel 12 van de gecoördineerde wet van 10 juli 2008 op de ziekenhuizen en andere verzorgingsinrichtingen en tot aanduiding van de artikelen van de gecoördineerde wet van 10 juli 2008 op de ziekenhuizen en andere verzorgingsinrichtingen die op hen van toepassing zijn, BS 25 maart 1999.

¹³²² Art 42 KB Cardiale Pathologie en art. 2bis, § 1, 5° KB van 15 februari 1999, BS 25 maart 1999.

¹³²³ Art. 2, § 2, 4°, lid 1 KB Transplantatiecentra.

¹³²⁴ Zie immers art. 14, m van de bijlage bij het KB van 14 september 1984 tot vaststelling van de nomenclatuur van geneeskundige verstrekkingen inzake verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, BS 29 september 1984.

¹³²⁵ Art. 43 KB Cardiale Pathologie.

¹³²⁶ Art. 44 en 45 KB Cardiale Pathologie.

¹³²⁷ Binnen deze equipe moet ook deskundigheid inzake immunologie en infecties aanwezig zijn. Er moet bovendien voor gezorgd worden dat de leden altijd tijdig in het ziekenhuis aanwezig kunnen zijn. Zie: art. 46 KB Cardiale Pathologie.

met pneumologen vereist.¹³²⁸ De medische ploeg moet bovendien een beroep kunnen doen op de ondersteuning door verpleegkundigen, sociaal verpleegkundigen en psychiaters die een bekwaamheid inzake de transplantatieproblematiek bezitten.¹³²⁹ Ten slotte moet het zorgprogramma T ook beschikken over een centrum voor transplantatiecoördinatie met permanente beschikbaarheid van minstens één transplantatiecoördinator.¹³³⁰ In tegenstelling tot voor de transplantatiecoördinatoren van de transplantatiecentra werd helaas niet bepaald wat precies de functie van de coördinatoren van een zorgprogramma T is. Wellicht zal de functie-inhoud grotendeels gelijklopend zijn. Het lijkt dan ook niet uitgesloten dat het zorgprogramma T desgevallend gebruik maakt van het transplantatiecoördinatieteam van een transplantatiecentrum dat zich in hetzelfde ziekenhuis bevindt.

282. Er bevinden zich thans erkende hart- en hartlongtransplantatieprogramma's in de meeste universitaire ziekenhuizen met transplantatiecentrum, alsook in het Onze-Lieve-Vrouwenziekenhuis te Aalst.¹³³¹ Er geldt voorlopig een beperking op het aantal zorgprogramma's T. Het aantal van deze zorgprogramma's is namelijk beperkt tot het aantal ziekenhuizen dat het bewijs kan voorleggen van activiteit op het vlak van hart- en hartlongtransplantatie gedurende de jaren 1995, 1996 en 1997.¹³³²

2. Hart- en hartlongtransplantatie

283. Zoals gezegd, moet een programma T gevestigd zijn in een ziekenhuis en beschikken over een team van gespecialiseerde artsen. Het is echter geenszins vereist dat dit een universitair ziekenhuis met transplantatiecentrum is, noch dat de artsen aan een transplantatiecentrum verbonden zijn. In principe moet het transplanteren van organen van overleden donoren nochtans worden uitgevoerd *door* een arts van een transplantatiecentrum *in* een transplantatiecentrum of in uitzonderlijke gevallen in een ander ziekenhuis dat een samenwerkingsakkoord heeft gesloten met het transplantatiecentrum.¹³³³

Op dit principe geldt nu een uitzondering. Overeenkomstig artikel 3, § 2, lid 2 Orgaantransplantatiewet mag het transplanteren van een hart of een hart-long van een overleden donor worden uitgevoerd *door* een team van een zorgprogramma T *buiten* een transplantatiecentrum.¹³³⁴ Deze uitzondering is met name van belang voor het zorgprogramma T van het Onze-Lieve-Vrouwenziekenhuis te Aalst, dat geen erkend transplantatiecentrum heeft.

284. Het is weliswaar vereist dat het zorgprogramma T vooraf een juridisch geformaliseerde samenwerkingsovereenkomst met een transplantatiecentrum heeft gesloten.¹³³⁵ De zorgprogramma's T mogen dus niet volledig los van een erkend transplantatiecentrum functioneren. In deze samenwerkingsovereenkomst moeten de nodige afspraken worden gemaakt zodat bij de hart- of hartlongtransplantatie de bepalingen van het KB

¹³²⁸ Art. 42, lid 2 KB Cardiale Pathologie.

¹³²⁹ Art. 47 KB Cardiale Pathologie.

¹³³⁰ Art. 44, 3° en art. 46, § 4 KB Cardiale Pathologie.

¹³³¹ Zie: <http://www.hospindex.be>.

¹³³² Art. 2, § 2 KB van 16 juni 1999 tot bepaling van het maximum aantal zorgprogramma's "cardiale pathologie" B, T en C dat mag uitgebaat worden en tot vaststelling van de programmatiecriteria die van toepassing zijn op deze zorgprogramma's, BS 2 maart 2000.

¹³³³ Art. 3, § 2, lid 1 Orgaantransplantatiewet; art. 2, § 4 KB Transplantatiecentra. Zie uitvoeriger *supra* § 2 van deze Afdeling.

¹³³⁴ Zoals gezegd, geldt deze uitzonderingsbepaling niet voor longtransplantaties of andere organen. *Contra*: Verslag BURGEON, Parl. St. Kamer 2011-12, nr. 53-2158/2, 19.

¹³³⁵ Art. 3, § 2, lid 2 Orgaantransplantatiewet.

Transplantatiecentra worden nageleefd.¹³³⁶ Hiermee wordt wellicht voornamelijk de naleving van de verschillende kwaliteits- en veiligheidsmaatregelen bedoeld. In de overeenkomst moet hoe dan ook uitdrukkelijk worden geregeld dat het transplantatiecentrum de verantwoordelijkheid draagt voor de traceerbaarheid en de melding en het beheer van ernstige ongewenste voorvallen en bijwerkingen.¹³³⁷

De voorwaarde van het sluiten van een juridisch geformaliseerde samenwerkingsovereenkomst is echter problematisch voor de zorgprogramma's die gevestigd zijn in een universitair ziekenhuis dat beschikt over een transplantatiecentrum. In dat geval zullen het zorgprogramma T en het transplantatiecentrum tot dezelfde rechtspersoon (het universitaire ziekenhuis) behoren. Het is juridisch niet mogelijk om met zichzelf een overeenkomst te sluiten. Er moet dus worden aangenomen dat het in dergelijk geval volstaat om over de hart- en hartlongtransplantatie interne werkprocedures uit te schrijven.¹³³⁸ Anders zou het zorgprogramma T een samenwerkingsovereenkomst moeten sluiten met een ander transplantatiecentrum dan het centrum van het eigen ziekenhuis. Dit kan niet de bedoeling zijn.

285. Het zorgprogramma T moet voor alle duidelijkheid meer aanbieden dan enkel de hart- of hartlongtransplantatie op zich. Het zorgaanbod van het programma T omvat eveneens de indicatiestelling tot transplantatie, de (begeleiding) bij oppuntstelling van kandidaten voor hart- en hartlongtransplantatie, de opvolging van de getransplanteerde patiënt, het instellen van adequate anti-rejectie en antimicrobiële therapie, de opvang van transplantarectie of posttransplantinfectie en de (begeleiding bij) opvolging van een recent of instabiel transplant.¹³³⁹

286. Tot slot moet nog worden stilgestaan bij de hypothese van een harttransplantatie met een levende donor (hartdominotransplantatie).¹³⁴⁰ Artikel 3, § 3 Orgaantransplantatiewet bepaalt duidelijk dat het transplanteren van organen van een levende donor moet worden uitgevoerd door een arts van een transplantatiecentrum in een transplantatiecentrum. Hierop werd geen enkele uitzondering voorzien.

Dit betekent dat het team van een zorgprogramma T dergelijke harttransplantatie niet mag uitvoeren, ook al bezit men mogelijk wel de nodige expertise. Er kan m.i. worden gesteld dat artikel 3, § 3 Orgaantransplantatiewet de harttransplantatie met een levende donor onttrekt aan het toepassingsgebied van het KB Cardiale Pathologie,¹³⁴¹ zodat artikel 2, § 2, 4°, lid 1 KB Transplantatiecentra geen bezwaar vormt opdat dergelijke harttransplantatie in en door een erkend transplantatiecentrum wordt uitgevoerd. Hierbij kan uiteraard nog tot op zekere hoogte worden samengewerkt met een programma T bij de behandeling en opvolging van de hartpatiënt.

3. Hart- en hartlongwegname

287. Een zorgprogramma T moet naast hart- en hartlongtransplantatie ook het uitvoeren van een hart- en hartlongwegname in het raam van een multi-organewegname als activiteit

¹³³⁶ Art. 48bis KB Cardiale Pathologie; art. 2, § 2, 4°, leden 2 en 3 KB Transplantatiecentra.

¹³³⁷ Art. 48bis KB Cardiale Pathologie; art. 2, § 2, 4°, leden 2 en 3 KB Transplantatiecentra.

¹³³⁸ Zie ook al: art. 42, lid 2, 11° KB Cardiale Pathologie.

¹³³⁹ Art. 42, lid 2 KB Cardiale Pathologie.

¹³⁴⁰ Zie *infra* Deel IV, Hoofdstuk I, Afd. 2 over deze dominotransplantatie.

¹³⁴¹ Zie ook: art. 42, lid 2, 4° KB Cardiale Pathologie, waar enkel wordt gesproken over multi-organewegname. Dit kan bezwaarlijk het geval zijn voor een wegname bij een levende donor.

aanbieden om erkend te kunnen worden en blijven.¹³⁴² Het moet dan ook beschikken over een structuur en organisatie voor orgaanverwerving en orgaanprelevering.¹³⁴³ De medische equipe moet een prelevatieteam bevatten, dat van wacht moet zijn.¹³⁴⁴

In principe is de wegneming van organen van overleden donoren enkel mogelijk door een arts van een transplantatiecentrum in een transplantatiecentrum of in een ander ziekenhuis dat beschikt over een functie “lokale donorcoördinatie” en dat een samenwerkingsakkoord heeft gesloten met het transplantatiecentrum.¹³⁴⁵ Net zoals voor hart- en hartlongtransplantatie voorziet artikel 3, § 2, lid 2 Orgaantransplantatiewet ook voor de wegneming een uitzondering. Zo mag het wegnemen van een hart of een hart-long van een overleden donor worden uitgevoerd door een team van een zorgprogramma T buiten een transplantatiecentrum.

288. Hierbij moeten weliswaar enkele opmerkingen worden gemaakt. Allereerst is voor de hart- en hartlongwegname nog wel vereist dat het zorgprogramma T een samenwerkingsovereenkomst moet hebben gesloten met een transplantatiecentrum, waarin de nodige afspraken worden gemaakt opdat de bepalingen van het KB Transplantatiecentra worden nageleefd.¹³⁴⁶ Welnu, het KB Cardiale Pathologie bepaalt nergens dat de wegneming en transplantatie strikt gescheiden moeten worden, in tegenstelling tot artikel 7, lid 2 KB Transplantatiecentra. In zoverre dergelijke scheiding en onafhankelijkheid kan worden goedgekeurd, zou *prima facie* kunnen worden aangenomen dat het zorgprogramma T ook artikel 7, lid 2 KB Transplantatiecentra moet naleven. Daartegen kan echter worden opgeworpen dat artikel 7, lid 2 KB Transplantatiecentra vereist dat de arts-diensthoud op de scheiding moet toezien. Het team van het zorgprogramma T zal allicht niet onder het toezicht van de arts-diensthoud vallen. Het is helaas niet duidelijk in hoeverre werd bedoeld dat de bepalingen van het KB Transplantatiecentra worden nageleefd. De KB's zijn op dit punt voor verbetering vatbaar.

Verder is artikel 4, § 1 KB Donorcoördinatie nog steeds van toepassing. Dit wil zeggen dat de hart- en hartlongwegname in een algemeen ziekenhuis enkel mag worden uitgevoerd indien dit ziekenhuis beschikt over een erkende functie “lokale donorcoördinatie”. Het is echter niet vereist dat het zorgprogramma T dan rechtstreeks een samenwerkingsakkoord sluit met de functie “lokale donorcoördinatie”. Indien het wegnemingsziekenhuis een transplantatiecentrum heeft, dan is de aanwezigheid van een functie “lokale donorcoördinatie” helemaal niet verplicht.¹³⁴⁷

Tot slot kan voor wat betreft hartwegname bij een levende donor (hartdominotransplantatie) verwezen worden naar wat hierboven inzake de harttransplantatie met een levende donor werd gezegd.

¹³⁴² Art. 42, lid 2, 4° KB Cardiale Pathologie.

¹³⁴³ Art. 48 KB Cardiale Pathologie. Het is niet duidelijk wat het onderscheid is tussen ‘orgaanverwerving’ en ‘orgaanprelevering’. Het gebruik van deze termen is overigens niet wenselijk, aangezien ze niet in de Orgaantransplantatiewet voorkomen.

¹³⁴⁴ Art. 46, § 3 KB Cardiale Pathologie.

¹³⁴⁵ Art. 3, § 2, lid 1 Orgaantransplantatiewet; art. 4, § 1 KB Donorcoördinatie. Zie uitvoeriger § 2 van deze Afdeling.

¹³⁴⁶ Art. 3, § 2, lid 2 Orgaantransplantatiewet; 48bis Cardiale Pathologie; art. 2, § 2, 4° KB Transplantatiecentra.

¹³⁴⁷ Art. 4, § 1 en art. 14, lid 2 KB Donorcoördinatie.

B. Centra voor chronische nierinsufficiëntie

1. Algemeen

289. Chronische nierinsufficiëntie vereist niervervangende therapie, met name nierdialyse of niertransplantatie. Voor België werd het totaal aantal gebruikers van niervervangende therapie geschat op 11.000 patiënten, met een lichte groei ieder jaar.¹³⁴⁸ Voor de behandeling van chronische nierinsufficiëntie gelden specifieke organisatorische regels, met name het KB van 27 november 1996 houdende vaststelling van de normen waaraan de centra voor de behandeling van chronische nierinsufficiëntie moeten voldoen om te worden erkend als medisch-technische dienst in de zin van artikel 44 van de wet op de ziekenhuizen, gecoördineerd op 7 augustus 1987¹³⁴⁹ (verkort: KB Nierinsufficiëntie).

Volgens artikel 3, § 2 KB Nierinsufficiëntie is de behandeling van chronische nierinsufficiëntie een geheel van activiteiten waarbij de verschillende behandelingsvormen deel uitmaken van een totaalconcept dat als een globale opdracht voor een centrum voor de behandeling van chronische nierinsufficiëntie moet worden beschouwd. Een centrum voor de behandeling van chronische nierinsufficiëntie (verkort: niercentrum) is volgens artikel 3, § 1 KB Nierinsufficiëntie de entiteit die organisatorisch en functioneel in een ziekenhuis is geïntegreerd en waar de patiënt de meest geëigende nierfunctievervangende behandeling kan worden aangeboden.

2. Niertransplantatie

290. Naast verschillende vormen van dialyse beschouwt het KB de niertransplantatie als één van de behandelingen die het niercentrum moet kunnen aanbieden. Deze niertransplantatie moet volgens artikel 3, § 1, c KB Nierinsufficiëntie ofwel worden uitgevoerd in het ziekenhuis waar het centrum gelegen is, ofwel worden uitgevoerd in samenwerking met een of meer externe transplantatiediensten¹³⁵⁰. Hoe dan ook vereist de erkenning van het niercentrum dat dit centrum een schriftelijke samenwerkingsovereenkomst heeft met minstens één en mogelijk meer transplantatiediensten.¹³⁵¹

Een niercentrum moet gelegen zijn in een acuut ziekenhuis,¹³⁵² maar het is niet vereist dat dit een universitair ziekenhuis of ziekenhuis met transplantatiecentrum is. Artikel 3, § 1, c KB Nierinsufficiëntie lijkt op zich dus toe te laten dat niertransplantatie wordt uitgevoerd buiten een transplantatiecentrum door een arts die niet van een transplantatiecentrum is. Hierna zal echter worden verduidelijkt waarom dergelijk besluit niet zonder meer aanvaard kan worden.

291. Artikel 3, § 2, lid 1 en § 3 Orgaantransplantatiewet bepaalt allereerst duidelijk dat orgaantransplantatie altijd door een arts van een transplantatiecentrum moet worden uitgevoerd. De uitzondering van artikel 3, § 2, lid 2 Orgaantransplantatiewet geldt enkel voor hart- en hart-

¹³⁴⁸ I. CLEEMPUT *et al.*, *Organisation and financing of chronic dialysis in Belgium*, Brussel, Federaal Kenniscentrum voor de Gezondheidszorg, 2010, 7 en 34 (<https://kce.fgov.be>).

¹³⁴⁹ BS 18 februari 1997.

¹³⁵⁰ Er wordt hiermee ongetwijfeld de transplantatiecentra in de zin van KB Transplantatiecentra bedoeld.

¹³⁵¹ Art. I, j Bijlage KB Nierinsufficiëntie.

¹³⁵² Art. I, c Bijlage KB Nierinsufficiëntie.

longtransplantaties.¹³⁵³ Een KB kan bovendien geen voorrang hebben op een wet. Aan het transplantatiemonopolie van de artsen van transplantatiecentra¹³⁵⁴ wordt dus niet geraakt.

292. Vervolgens bepaalt artikel 3, § 3 Orgaantransplantatiewet duidelijk dat transplantatie van organen van *levende* donoren in een transplantatiecentrum plaatsvindt, zonder enige uitzonderingsmogelijkheid. Ook hier geldt dat een KB geen voorrang kan hebben op een wet. Aan het transplantatiecentrummonopolie voor niertransplantaties met levende donoren wordt dus evenmin geraakt.¹³⁵⁵

Het niercentrum zal de nierpatiënt en de levende donor dan moeten doorverwijzen naar een extern transplantatiecentrum waarmee het samenwerkt, voor zover het ziekenhuis van het niercentrum zelf niet beschikt over een erkend transplantatiecentrum. De doorverwezen (overlevende) niertransplantatiepatiënten tellen ten aanzien van dat niercentrum dan nog wel mee in de berekening van zijn verplichte minimumactiviteit van 40 patiënten per jaar.¹³⁵⁶ Zo is de niertransplantatie verenigbaar met de gedachte dat de verschillende behandelingsvormen voor chronische nierinsufficiëntie deel uitmaken van een totaalconcept dat de opdracht van het niercentrum vormt.¹³⁵⁷ In de samenwerkingsovereenkomst die het niercentrum met een transplantatiecentrum moet sluiten, kan nader worden geregeld hoe de doorverwijzing en opvolging¹³⁵⁸ van de nierpatiënt zullen verlopen.

293. Wat betreft de transplantatie van nieren van *overleden* donoren bestaat er enige interpretatiemarge. Deze transplantaties moeten volgens artikel 3, § 2, lid 1 Orgaantransplantatiewet worden uitgevoerd in een transplantatiecentrum *of* in een ziekenhuis dat een samenwerkingsakkoord heeft gesloten met het transplantatiecentrum dat voor de transplantatie verantwoordelijk is. Weliswaar bepaalt artikel 2, § 4 KB Transplantatiecentra dat dergelijke transplantatie buiten een transplantatiecentrum slechts in uitzonderlijke gevallen mogelijk is.¹³⁵⁹

De regelgever heeft helaas niet duidelijk gemaakt wat ‘uitzonderlijk’ is. De minister van Volksgezondheid scheen alvast te menen dat niertransplantatie ook buiten de transplantatiecentra zou kunnen.¹³⁶⁰ Als het KB Nierinsufficiëntie zou betekenen dat de transplantatieteams van de transplantatiecentra steeds in alle 53 niercentra¹³⁶¹ niertransplantaties mogen uitvoeren, dan kan dit m.i. nog maar moeilijk ‘uitzonderlijk’ worden genoemd. Het uitvoeren van niertransplantaties in niercentra (buiten ziekenhuizen die ook over een transplantatiecentrum beschikken) steunt dus hoogstens op een wankel wettelijke basis. Een verduidelijking door de regelgever en afstemming op het KB Transplantatiecentra en de

¹³⁵³ *Contra*: Verslag BURGEON, *Parl. St.* Kamer 2011-12, nr. 53-2158/2, 19.

¹³⁵⁴ Zie *supra* § 2, B.2. van deze Afdeling.

¹³⁵⁵ Zie *supra* § 2, B.2. van deze Afdeling.

¹³⁵⁶ Art. I, h Bijlage KB Nierinsufficiëntie.

¹³⁵⁷ Art. 3, § 2 KB Nierinsufficiëntie

¹³⁵⁸ Zie: Advies van 12 december 2013 van de Nationale Raad voor Ziekenhuisvoorzieningen inzake de normen waaraan de centra voor behandeling van chronische nierinsufficiëntie moeten voldoen om te worden erkend als medisch-technische dienst in de zin van artikel 44 van de wet op de ziekenhuizen, gecoördineerd op 7 augustus 1987, <http://www.health.belgium.be>, 6, waar werd voorgesteld om transplantatie te bevorderen door te voorzien in een soort *follow up* honorarium.

¹³⁵⁹ Zie *supra* § 2, A van deze Afdeling.

¹³⁶⁰ Verslag BURGEON, *Parl. St.* Kamer 2011-12, nr. 53-2158/2, 19. In die zin ook: Advies van 12 december 2013 van de Nationale Raad voor Ziekenhuisvoorzieningen inzake de normen waaraan de centra voor behandeling van chronische nierinsufficiëntie moeten voldoen om te worden erkend als medisch-technische dienst in de zin van artikel 44 van de wet op de ziekenhuizen, gecoördineerd op 7 augustus 1987, <http://www.health.belgium.be>, 8, maar zie echter op p. 10, waar transplantatie veeleer wordt gesitueerd in het raam van een netwerk.

¹³⁶¹ I. CLEEMPUT *et al.*, *Organisation and financing of chronic dialysis in Belgium*, Brussel, Federaal Kenniscentrum voor de Gezondheidszorg, 2010, 37 (<https://kce.fgov.be>).

Orgaantransplantatiewet is wenselijk. Hopelijk wordt hiermee rekening gehouden bij de geplande herziening van de erkenningsnormen voor niercentra.¹³⁶²

Hoe dan ook zullen de (overlevende) niertransplantatiepatiënten die door het niercentrum voor transplantatie met overleden donor werden doorverwezen naar een transplantatiecentrum, meetellen in de berekening van de verplichte minimumactiviteit van het niercentrum.¹³⁶³ In de samenwerkingsovereenkomst die het niercentrum met een transplantatiecentrum moet sluiten, kan nader worden geregeld hoe de doorverwijzing en opvolging van de patiënt zal verlopen.

3. Nierwegneming

294. Om erkend te worden en te blijven, moet het ziekenhuis waar het niercentrum gelegen is, beschikken over een organisatorische en functionele structuur voor het wegnemen van nieren.¹³⁶⁴ Ter verduidelijking wordt hierna een opdeling gemaakt naargelang de persoon bij wie de nierwegneming plaatsvindt.

295. Enerzijds kan de nierwegneming kaderen in de behandeling van een patiënt. De wegneming zou dan inderdaad kunnen plaatsvinden in het ziekenhuis waar het niercentrum gelegen is. Indien deze behandeling echter een niertransplantatie betreft, dan zal de nierwegneming bij de ontvanger (om plaats te maken voor de donornier) in principe moeten plaatsvinden waar de transplantatie op die ontvanger plaatsvindt. Hiervoor kan verwezen worden naar wat hierboven werd gezegd. Kort gezegd, betekent het dat de nierwegneming bij de ontvanger moet worden uitgevoerd in een transplantatiecentrum door een arts van een transplantatiecentrum, behoudens uitzonderlijke gevallen.

296. Anderzijds zou nierwegneming ook kunnen plaatsvinden bij een donor met het oog op niertransplantatie op een ontvanger. Indien de nierwegneming betrekking heeft op een levende donor, dan kan ze enkel worden uitgevoerd in een transplantatiecentrum door een arts van het transplantatiecentrum.¹³⁶⁵ Voor deze hypothese is het erkenningsvereiste van een organisatorische en functionele structuur voor nierwegneming overbodig, nu het KB Transplantatiecentra al een geschikte infrastructuur waarborgt.

Indien de nierwegneming betrekking heeft op een overleden donor, dan moet ze nog steeds worden uitgevoerd door een arts van een transplantatiecentrum, maar kan ze wel buiten het transplantatiecentrum en binnen het niercentrum plaatsvinden.¹³⁶⁶ Hiervoor is echter wel vereist dat het ziekenhuis van het niercentrum een samenwerkingsakkoord met het verantwoordelijke transplantatiecentrum heeft gesloten, alsook dat dit ziekenhuis beschikt over een erkende functie “lokale donorcoördinatie”.

¹³⁶² Advies van 12 december 2013 van de Nationale Raad voor Ziekenhuisvoorzieningen inzake de normen waaraan de centra voor behandeling van chronische nierinsufficiëntie moeten voldoen om te worden erkend als medisch-technische dienst in de zin van artikel 44 van de wet op de ziekenhuizen, gecoördineerd op 7 augustus 1987, <http://www.health.belgium.be>, 2.

¹³⁶³ Art. I, h Bijlage KB Nierinsufficiëntie.

¹³⁶⁴ Art. I, j Bijlage KB Nierinsufficiëntie.

¹³⁶⁵ Art. 3, § 3 Orgaantransplantatiewet. Zie *supra* § 2 van deze Afdeling.

¹³⁶⁶ Art. 3, § 2, lid 1 Orgaantransplantatiewet. Zie *supra* § 2 van deze Afdeling.

§ 5. DE EUROPESE ORGAANUITWISSELINGSORGANISATIE (EUROTRANSPLANT)

297. De combinatie van lokale actoren gericht op orgaanwegneming (m.n. de coördinatoren) met een overkoepelende organisatie gericht op orgaanuitwisseling en samenwerking wordt als de meest efficiënte organisatievorm naar voren geschoven.¹³⁶⁷ Dergelijke organisatie wordt namelijk ook gehanteerd in het succesvolle Spaanse model, waarbij de *Organización Nacional de Trasplantes* als overkoepelende uitwisselingsorganisatie fungeert. Artikel 21 Europese Richtlijn 2010/53/EU laat de Europese lidstaten dan ook toe om samen te werken met zogenaamde ‘Europese orgaanuitwisselingsorganisaties’. In België is de samenwerking met zo’n Europese orgaanuitwisselingsorganisatie verplicht gesteld. De wetgever heeft bepaald dat de Koning de bevoegde Europese orgaanuitwisselingsorganisatie moet aanwijzen en haar taken nader kan verduidelijken.¹³⁶⁸ De wet bepaalt in eerste instantie zelf over welke taken het gaat. Er kan *grosso modo* een onderscheid worden gemaakt tussen twee soorten bevoegdheden.

Enerzijds staat de Europese orgaanuitwisselingsorganisatie in voor de orgaanuitwisseling.¹³⁶⁹ Het begrip ‘orgaanuitwisseling’ is overgenomen uit Richtlijn 2010/53/EU. Het betreft in essentie de taken aangaande de toewijzing van beschikbaar gekomen donororganen aan welbepaalde ontvangers. Vóór de omzetting van Richtlijn 2010/53/EU hanteerde de Orgaantransplantatiewet het duidelijkere begrip ‘toewijzingsorganisme’.¹³⁷⁰ Eurotransplant moet voor deze taak beschikken over personeel dat 24 uur per dag en 7 dagen per week bereikbaar is.¹³⁷¹ De materiële regels omtrent de toewijzing of uitwisseling komen uitgebreider in Deel VI (hoofdstuk I) aan bod.

Anderzijds heeft de Belgische wetgever de Europese orgaanuitwisselingsorganisatie ook bevoegd gemaakt voor een aantal kwaliteits- en veiligheidstaken. Het gaat meer bepaald om het bijhouden en beheren van 1) een traceerbaarheids- en identificatiesysteem van donoren en ontvangers, 2) een notificatie- en beheerssysteem voor ernstige ongewenste voorvallen en bijwerkingen, 3) een register en een follow-up systeem van de levende donoren en 4) de met het oog op karakterisatie van de weggenomen organen en donoren verzamelde informatie.¹³⁷² De toewijzing van deze taken is logisch aangezien de Europese orgaanuitwisselingsorganisatie de schakel vormt tussen de donoren/donorziekenhuizen en de ontvangers/transplantatiecentra. De materiële regels omtrent de kwaliteits- en veiligheidsmaatregelen komen uitgebreider in Deel VI (hoofdstuk II) aan bod.

¹³⁶⁷ “Organ Donation and Transplantation Policy Options at EU Level. Consultation Document”, <http://ec.europa.eu/health>, 13. Zie ook: EDQM, “Organ Shortage: Current Status and Strategies for the Improvement of Organ Donation – A European Consensus Document”, 2003, <http://www.edqm.eu>, waar wordt gesproken over Organ Procurement Organizations (OPO) met betrekking tot de orgaanwegneming en over Organ Exchange Organizations (OEO)/Organ Sharing Offices (OSO) met betrekking tot de orgaanuitwisseling. Zie ook al *supra* § 3, A van deze Afdeling.

¹³⁶⁸ Art. 13bis, § 1 en § 3 Orgaantransplantatiewet.

¹³⁶⁹ Art. 1ter, 5° en art. 13bis, § 1, lid 1 Orgaantransplantatiewet; art. 1/1, 13° KB Transplantatiecentra; art. 2, 15° KB Donorcoördinatie; art. 3, g, art. 20 en art. 21, b Richtlijn 2010/53/EU.

¹³⁷⁰ Zie oud art. 13bis Orgaantransplantatiewet, zoals ingevoerd door art. 7 wet van 25 februari 2007 tot wijziging van de wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen (BS 13 april 2007). Zie ook: oud art. 1, 4° KB van 24 november 1997 betreffende het wegnemen en toewijzen van organen van menselijke oorsprong, BS 23 december 1997 (verkort: KB Allocatie 1997), zoals gewijzigd bij KB van 10 november 2012 (BS 23 november 2012), waar het toewijzingsorganisme werd gedefinieerd als “een instelling die samenwerkt met verscheidene transplantatiecentra, eventueel van verschillende landen en die, met het oog op het waarborgen van een optimale toewijzing van organen, de administratieve en medische karakteristieken van de kandidaat-ontvangers centraliseert. Het wijst de organen toe die in België weggenomen of overgeplant worden (...)”.

¹³⁷¹ Art. 3, § 4 KB van 25 april 2014 tot bepaling van de taken toegewezen aan de Europese orgaanuitwisselingsorganisatie wat betreft de vaststelling van informatieprocedures voor de uitwisseling van menselijke organen tussen de lidstaten van de Europese Unie, BS 20 juni 2014. Zie ook: Eurotransplant Manual, [versie 3.0., 2013], www.eurotransplant.org, nrs. 1.2.1.1. en 3.3.1.

¹³⁷² Art. 13bis, § 1, 1° t.e.m. 4° Orgaantransplantatiewet; art. 21, a Richtlijn 2010/53/EU.

298. Aangezien de orgaanuitwisselingstaak zonder twijfel centraal staat, moeten de organisatorische aspecten van de Europese orgaanuitwisselingsorganisatie vanuit dit perspectief functioneel benaderd worden. Hierbij rijzen drie aandachtspunten.

Allereerst vereist de Orgaantransplantatiewet dat de orgaanuitwisselingsorganisatie die instaat voor België, zich niet louter toelegt op nationale, maar ook op grensoverschrijdende (m.a.w. internationale) orgaanuitwisseling én voor het merendeel bestaat uit EU-lidstaten.¹³⁷³ Hiertoe heeft de Koning al sinds 2001 de *Eurotransplant International Foundation* te Leiden (Nederland) als toewijzingsorganisme/Europese orgaanuitwisselingsorganisatie aangeduid.¹³⁷⁴ De samenwerking met Eurotransplant is ook officieel erkend en nader overeengekomen in een *Joint Declaration* die werd ondertekend door de ministers van Volksgezondheid van de participerende landen.¹³⁷⁵ Eurotransplant regelt thans de orgaanuitwisseling tussen 8 landen: België, Nederland,¹³⁷⁶ Luxemburg, Duitsland, Oostenrijk, Kroatië, Hongarije en Slovenië. Hierdoor verenigt het 72 verschillende transplantatiecentra en ongeveer 135 miljoen potentiële donoren en ontvangers.¹³⁷⁷ Voor dergelijke internationale orgaanuitwisseling bestaat een goede reden. Orgaantransplantatie kan niet met eender welk donororgaan: het orgaan moet compatibel zijn met de kandidaat-ontvanger in kwestie. Vooral het vinden van een goede immunologische *match*¹³⁷⁸ kan moeilijk zijn, zeker in een klein land als België. Door de orgaanuitwisseling te internationaliseren wordt de *donorpool* evenwel behoorlijk vergroot, zodat ook de kans op het vinden van een goede *match* stijgt.¹³⁷⁹ Aldus kunnen meer kandidaat-ontvangers geholpen worden en verspilling van donororganen vermeden worden, wat volledig aansluit bij het doel van de wetgever om het orgaantekort te bestrijden.¹³⁸⁰ Vooral voor moeilijk te matchen transplantatiepatiënten (m.n. pediatrische, urgente en hooggeïmmuniseerde patiënten of patiënten met een zeldzame bloedgroep of weefseltype)¹³⁸¹ kan deze internationale samenwerking sneller tot behandeling leiden.¹³⁸² Het vergemakkelijken van de orgaanuitwisseling tussen nationale instanties is dan ook één van de prioritaire acties in het

¹³⁷³ Art. 1^{ter}, 5° en art. 13^{bis}, § 1, lid 1 Orgaantransplantatiewet; art. 1/1, 13° KB Transplantatiecentra; art. 2, 15° KB Donorcoördinatie.

¹³⁷⁴ KB van 19 juli 2001 tot erkenning van Eurotransplant als toewijzingsorganisme voor organen van menselijke oorsprong, *BS* 7 september 2001; KB van 27 januari 2012 tot erkenning van Eurotransplant als toewijzingsorganisme voor organen van menselijke oorsprong, *BS* 24 februari 2012. De erkenning gebeurde steeds voor een periode van 10 jaar. Al vóór de eerste erkenning bestond er echter samenwerking tussen de Belgische ziekenhuizen en Eurotransplant in de praktijk.

¹³⁷⁵ Eurotransplant Manual, [versie 3.0., 2013], www.eurotransplant.org, nr. 1.1.

¹³⁷⁶ In Nederland is het bemiddelen bij het verkrijgen, typeren en vervoeren van organen, alsook het toewijzen van de organen de taak van het ‘orgaancentrum’ (art. 1, g, art. 18 en art. 24 t.e.m. art. 27 Wet op de Orgaandonatie). De Nederlandse Transplantatie Stichting (<http://www.transplantatiestichting.nl>) werd vergund als orgaancentrum. De NTS vormt als het ware het nationale ‘verzamelpunt’ en meldt de organen aan bij Eurotransplant, waaraan de orgaanallocatie via een overeenkomst met de NTS werd opgedragen. Zie: D.P. ENGBERTS en Y.M. KOSTER-REIDSMA, “Orgaantransplantatie en bloedtransfusie” in D.P. ENGBERTS en L.E. KALKMAN-BOGERT (eds.), *Gezondheidsrecht*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum, 2009 (2^{de} ed.), (121) 126-127.

¹³⁷⁷ Zie: www.eurotransplant.org.

¹³⁷⁸ Zie al *supra* Deel I, Hoofdstuk I, Afd. 2, § 2.

¹³⁷⁹ Zie o.a.: Verslag aan de Koning bij KB Allocatie 1997; *Vr. en Antw.* Kamer 1990-91, 13.237 (*Vr. nr. 154 MERCKX-VAN GOEY*); A. DE KOEKELAERE, o.c., *RW* 1993-94, (481) 493; *Vr. en Antw.* Senaat 2006-07, 16 februari 2007, *Vr. nr. 3-7084 DE ROECK*; *Vr. en Antw.* Senaat 2010-11, 8 februari 2011, *Vr. nr. 5-1209 E. SLEURS*; A.-C. SQUIFFLET, “Le cadre juridique du prélèvement et de la transplantation d’organes: choix éthiques et résultats pratiques”, *Ethica Clinica* 2011, nr. 61, (32) 39; A.-C. SQUIFFLET, o.c., *Ann. dr. Louvain* 2011, (357) 392; E.S. JAFFE, J.M. HERRE en J.H. CARSON, “Eliminating Artificial Barriers to the Equitable Distribution of Hearts for Transplantation”, *J. Corp. L.* 1994-95, (109) 127 en 130-131; GEZONDHEIDSRAAD, *Het belang van weefselovereenkomst bij niertransplantatie*, Den Haag, Gezondheidsraad, 2006, nr. 2006/08, 11.

¹³⁸⁰ Zie over dit beleidsdoel *supra* Deel II, Hoofdstuk I, Afd. 1, § 1. Zie echter: CPME Statement concerning the Communication from the European Commission “Organ Donation and Transplantation: Policy Actions at EU Level” (COM(2007) 275 final), www.cpme.eu, 3, waar ietwat pessimistisch wordt gesteld dat orgaanuitwisseling het orgaantekort niet oplost maar slechts verschuift.

¹³⁸¹ Zie ook *infra* Deel VI, Hoofdstuk I, Afd. 3, § 2, A.

¹³⁸² D. VAN RAEMDONCK en J. SMITS, “Allocatie van donororganen in tijden van schaarste”, *T. Gen.* 2015, (180) 182; Mededeling van de Commissie - Orgaandonatie en transplantatie: beleidsmaatregelen op EU-niveau, COM(2007)275, <http://eur-lex.europa.eu>, 8; Commission staff working document - Impact Assessment, SEC(2008) 2956, <http://eur-lex.europa.eu>, 16 en 27 en 40-41; Considerans 4 Richtlijn 2010/53/EU; European Parliament resolution of 19 May 2010 in the Commission Communication: Action plan on Organ Donation and Transplantation (2009-2015): Strengthened Cooperation between Member States (2009/2104(INI)), <http://www.europarl.europa.eu>, nr. 9; Council Conclusions on Organ donation and transplantation, nr. 15.332/07.

Europese Actieplan 2009-2015.¹³⁸³ Niettemin zijn er nog steeds Europese landen die werken met een nationaal-georiënteerd toewijzingsorganisme, zoals bv. de *National Health Service Blood and Transplant* (NHSBT)¹³⁸⁴ in het Verenigd Koninkrijk of het *Agence de la biomédecine*¹³⁸⁵ in Frankrijk. Toch werken ook zij in zekere mate samen met andere landen. Zo heeft Frankrijk in 2012 samen met Spanje en Italië de *Southern Europe Transplant Alliance* opgericht, waarbij (vooral voor moeilijk te matchen patiënten) werd voorzien in onderlinge orgaanuitwisseling.¹³⁸⁶ Ook Engeland geeft en krijgt soms organen van andere landen.¹³⁸⁷ Aangezien de kansen op een goede *match* stijgen naargelang de orgaanuitwisselingsorganisatie over een grotere donorpool beschikt, kan men zich afvragen of er niet moet worden gestreefd naar een gemeenschappelijke organisatie voor heel Europa.¹³⁸⁸ Het antwoord luidt dat dit zeker een nuttige doelstelling zou kunnen zijn, maar voorlopig niet voor alle organen praktisch is. Aangezien deze organen slechts enkele uren bewaard kunnen worden, moet de afstand tussen de donor- en ontvangercentra eveneens beperkt blijven¹³⁸⁹ en moeten er goede transportmogelijkheden bestaan. Dit belet samenwerking binnen een al te groot gebied.¹³⁹⁰

Naast het internationale aspect is verder van belang dat de Europese orgaanuitwisselingsorganisatie een organisatie zonder winstoogmerk is. Zo wordt het non-commercieel karakter van orgaandonatie beklemtoond en gewaarborgd.¹³⁹¹ Aldus zal de verplichte bemiddeling bij de orgaanverdeling door Eurotransplant bijdragen aan het voorkomen van orgaanhandel.¹³⁹²

Ten slotte maakt het niet uit of de Europese orgaanuitwisselingsorganisatie van particuliere of openbare aard is.¹³⁹³ Eurotransplant is een particuliere organisatie zonder winstoogmerk, nl. een Stichting naar Nederlands recht, opgericht in 1967 op initiatief van prof. J.J. Van Rood.¹³⁹⁴ Ook het *United Network for Organ Sharing* (UNOS), dat onder contract met het *Department of Health and Human Services* (DHHS) de nationale wachtlijst en het nationale

¹³⁸³ Mededeling van de Commissie, COM(2008)819, <http://eur-lex.europa.eu>, 6 en 12 (prioritaire actie 8), waar de klemtoon werd gelegd op de evaluatie van bestaande procedures, het invoeren van procedures voor spoedeisende en moeilijk te behandelen patiënten en het ontwikkelen van IT-hulpmiddelen.

¹³⁸⁴ Zie: Human Tissue Authority Code of practice 2: donation of solid organs for transplantation (2014), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, nr. 124 en <http://www.nhsbt.nhs.uk>, dat zich eveneens bezighoudt met het aanmoedigen van orgaandonatie en het optimaliseren van kwaliteit en veiligheid. Het betreft een ‘special authority’ van de National Health Service.

¹³⁸⁵ Art. L1418-1, lid 2, 7° en art. R1418-1, 1° Code de la Santé Publique.

¹³⁸⁶ Later werd deze alliantie aangevuld met Zwitserland, Portugal en de Tsjechische Republiek. Zie: NIVEL, *ACTOR study*, 2013, www.ec.europa.eu, 8, 10, 150-151 en 200; Commission staff working document on the mid-term review of the “Action Plan on Organ Donation and Transplantation (2009-2015): Strengthened Cooperation between Member States”, SWD(2014) 147 final, <http://eur-lex.europa.eu>, 56.

¹³⁸⁷ HTA, “The Quality and Safety of Organs Intended for Transplantation: a documented framework”, 2014, nr. 16.a; HOUSE OF LORDS EUROPEAN UNION COMMITTEE, *Increasing the supply of donor organs within the European Union. Vol. I: Report*, 2008, www.publications.parliament.uk, 20; “Taking Organ Transplantation to 2020: A detailed strategy”, 2013, www.nhsbt.nhs.uk/to2020, 23.

¹³⁸⁸ Zie *pro* dergelijke ‘Europese wachtlijst’: H.D.C. ROSCAM ABBING, “Organ Transplantation: Challenges for the EU” in Y. ENGLERT (ed.), *Organ and Tissue Transplantation in the European Union*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, (18) 22.

¹³⁸⁹ Zie ook *infra* Deel VI, Hoofdstuk I, Afd. 3, § 2, E.

¹³⁹⁰ Zie ook: CPME Statement concerning the Communication from the European Commission “Organ Donation and Transplantation: Policy Actions at EU Level” (COM(2007) 275 final), www.cpme.eu, 3; *Vr. en antw.* Kamer 2010-11, 27 september 2010, Vr. nr. 73 D. DUCARME. Zie evenwel: J.S. CONNOLLY *et al.*, “Kidney Paired Donation – The Next Step”, *N. Engl. J. Med.* 2011, vol. 365, 868-869, waar werd voorgesteld om organen per vliegtuig uit te wisselen tussen de Amerikaanse oostkust en West-Europa.

¹³⁹¹ Vgl. Memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, 22.358, 8 en 28 met betrekking tot art. 25, lid 1 WOD.

¹³⁹² Zie ook in die zin: A. CLAEYS en C. HURIET, *Rapport sur l'application de la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994*, 1999, 31; L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 176-177; “Zus als levende donor”, *magUZA* oktober 2009, dossier nr. 78, <http://www.maguza.be>; M. PROOST, *Wat iedereen over orgaandonatie & transplantatie zou moeten weten. 40 eenvoudige antwoorden op veelgestelde vragen*, gratis brochure (LLT), 6.

¹³⁹³ Art. 1ter, 5° en art. 13bis, § 1, lid 1 Orgaantransplantatiewet; art. 1/1, 13° KB Transplantatiecentra; art. 2, 15° KB Donorcoördinatie.

¹³⁹⁴ Eurotransplant Manual, [versie 3.0., 2013], www.eurotransplant.org, nrs. 1.1., 1.5.1.1. en 1.5.1.3.; Eurotransplant Data Policy en Data Disclosure Policy, www.eurotransplant.org.

allocatiesysteem van de VSA beheerst,¹³⁹⁵ is een particuliere (non-profit) organisatie.¹³⁹⁶ Een mogelijk argument om te opteren voor de erkenning van een bestaande particuliere organisatie is dat deze desgevallend al veel praktijkervaring heeft. Een ander mogelijk argument is dat zo de orgaanverdeling uit handen van de overheidsbureaucratie wordt gehouden en significante controle aan de medische professionals kan worden gegeven.¹³⁹⁷ Het risico op misbruiken bij gebrek aan overheidscontrole mag echter niet worden onderschat. Zo heeft in Frankrijk het werken met een privaatrechtelijk toewijzingsorganisme (nl. het toenmalige France Transplant) reeds tot onwenselijk geachte toestanden geleid en de wetgever genoodzaakt tot het oprichten van een publiekrechtelijk toewijzingsorganisme (nl. het toenmalige Établissement Français des Greffes, thans het Agence de la biomédecine).¹³⁹⁸ Aldus is toch enige overheidscontrole wenselijk.¹³⁹⁹ Voor België bestaat deze controle onder meer via de *Joint Declaration* van de ministers van Volksgezondheid, via de Eurotransplant Council (waarin vertegenwoordigers van de nationale bevoegde autoriteiten zetelen¹⁴⁰⁰) en via overleg tussen de overheid en de Belgische Transplantatieraad¹⁴⁰¹ die op zijn beurt de wetenschappelijke ondersteuning vraagt van de Belgische Transplantatievereniging,¹⁴⁰² waarvan de voorzitter traditioneel in de Raad van Beheer van Eurotransplant zetelt¹⁴⁰³.

§ 6. LABORATORIA

299. Zoals eerder gezegd, moet de karakterisering in principe geschieden door een arts van een transplantatiecentrum of deels al door het donorcoördinatieteam van een functie “lokale donorcoördinatie”.¹⁴⁰⁴ Dit principe geldt niet onverkort. De karakterisering vereist onder meer het uitvoeren van tests, zoals immunologische of infectieuze serologische tests. Welnu, deze tests moeten worden uitgevoerd door laboratoria die beschikken over bekwaam personeel en over de passende faciliteiten.¹⁴⁰⁵ Indien het gaat om een overleden donor dan zal desgevallend het donorcoördinatieteam de nodige stalen voor de tests tijdig aan het transplantatiecentrum moeten overmaken.¹⁴⁰⁶

De Koning kan de criteria bepalen waaraan de laboratoria moeten voldoen in het kader van de nodige analyses voor de karakterisering van organen en donoren.¹⁴⁰⁷ Er valt bv. te denken aan criteria in verband met de periodieke validering van de testmethoden, de

¹³⁹⁵ Zie: <http://www.unos.org>; Prefatory Note en comment bij sec. 11 UAGA 2006. Het UNOS is in 1982 ontstaan als een alliantie tussen transplantatiecentra voor het matchen van donoren en ontvangers. Zie: E.B. BRODY, *Biomedical technology and human rights*, 1993, 108-109.

¹³⁹⁶ [site]; 42 USC § 274(b)(1)(A) en 42 CFR § 121.3(c)(1).

¹³⁹⁷ A.J. KOLBER, o.c., *Rutgers L. Rev.* 2002-2003, (671) 680.

¹³⁹⁸ D. THOUVENIN, o.c. in R. CARVAIS en M. SASPORTES (eds.), *La greffe humaine*, 2000, (643) 645-647; A. CLAEYS en C. HURIET, *Rapport sur l'application de la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994*, 1999, 33.

¹³⁹⁹ Vgl. ook: T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 24-2; art. 17, lid 2, g Richtlijn 2010/53/EU.

¹⁴⁰⁰ Articles of Association 2015, www.eurotransplant.org, en Eurotransplant Manual, [versie 3.0., 2013], www.eurotransplant.org, nr. 1.5.1.

¹⁴⁰¹ Deze raad heeft de bevoegdheid om de Koning maatregelen voor te stellen in verband met de optimale toewijzing van weggenomen organen en adviezen op verzoek of eigen initiatief te formuleren (art. 4, lid 1, 1°, c) en 2° KB Transplantatieraad). Vroeger was de adviesbevoegdheid van deze Raad inzake de werking van Eurotransplant veel concreter omschreven (artt. 3 t.e.m. 5 en art. 7, § 3 KB Allocatie 1997). Zie ook *infra* Afd. 2, § 4 van dit Hoofdstuk.

¹⁴⁰² *Vr. en Antw.* Senaat 2012-13, 19 juli 2013 (Vr. nr. 5-9715 L. IDE). Zie ook *infra* Afd. 2, § 4 van dit Hoofdstuk.

¹⁴⁰³ *Vr. en Antw.* Senaat 2006-07, 16 februari 2007, Vr. nr. 3-7084 DE ROECK.

¹⁴⁰⁴ Art. 9, lid 2 KB Transplantatiecentra; art. 13, 7° KB Donorcoördinatie (functionele onderzoeken).

¹⁴⁰⁵ Art. 3ter, § 3, lid 1 Orgaantransplantatiewet; art. 10/7 KB Transplantatiecentra. Conform art. 7, lid 4 Richtlijn 2010/53/EU. Zie ook: art. 45, 3° KB Cardiale Pathologie (vereiste aanwezigheid van laboratorium voor de nodige microbiologische en immunologische onderzoeken).

¹⁴⁰⁶ Art. 13, 8° KB Donorcoördinatie.

¹⁴⁰⁷ Art. 3ter, § 3, lid 2 Orgaantransplantatiewet.

permanentie van het labopersoneel¹⁴⁰⁸ of de procedure voor het overdragen van stalen.¹⁴⁰⁹ Van deze bevoegdheid werd echter nog geen gebruik gemaakt. De laboratoria zijn al wel onderworpen aan de normen van het KB van 3 december 1999 betreffende de erkenning van de laboratoria voor klinische biologie door de Minister tot wiens bevoegdheid de Volksgezondheid behoort.¹⁴¹⁰

§ 7. ORGAANVERVOERDERS

300. Een orgaan dat met het oog op transplantatie werd weggenomen, zal moeten worden vervoerd van donor naar ontvanger. Het spreekt voor zich dat efficiënte, veilige en snelle transportmogelijkheden van groot belang zijn voor de goede werking van het transplantatiesysteem.¹⁴¹¹ Het transplantatiecoördinatieteam van het transplantatiecentrum moet het vervoer regelen.¹⁴¹² Artikel 10/11 e.v. KB Transplantatiecentra regelt de administratieve procedure die bij dergelijk vervoer moet worden toegepast.¹⁴¹³

Wie het orgaan mag vervoeren en hoe, werd echter niet in het KB of in de Orgaantransplantatiewet geregeld. In principe is het transplantatiecentrum hier dus vrij in. Uiteraard is deze vrijheid zoals steeds beperkt door de algemene zorgvuldigheidsnorm. Het uitbesteden van het orgaanvervoer aan iemand die duidelijk niet in staat is het orgaan tijdelijk of behoorlijk af te leveren voor transplantatie, strookt niet met wat een normaal, voorzichtig ziekenhuis zou doen en is dus een fout die kan leiden tot aansprakelijkheid.

Concreet zal het vervoer in principe gemakkelijk kunnen gebeuren door het personeel van het transplantatiecentrum zelf indien het orgaanvervoer plaatsvindt binnen hetzelfde ziekenhuis. Wanneer het vervoer tussen twee verschillende ziekenhuizen moet geschieden, dan komt er iets meer bij kijken. Het vervoer zal dan verlopen via auto, ambulance of zelfs via helikopter of vliegtuig.¹⁴¹⁴ Hierbij kan het ziekenhuis desgevallend een beroep doen op de vervoersdiensten van derden.¹⁴¹⁵

Afdeling 2. Actoren buiten een transplantatieprocedure

301. Naast de actoren die de transplantatieprocedure uitvoeren, bestaat de transplantatiesector ook uit actoren die veeleer een beleidsmatige rol spelen ten aanzien van het transplantatiegebeuren. Hierna komen aan bod: de ‘bevoegde autoriteit’ (§ 1), de geneesheer-diensthoofd van het transplantatiecentrum (§ 2), de interne transplantatieraden (§ 3), de Belgische transplantatieraad (§ 4), de samenwerkingsverbanden “wegneming en transplantatie van organen” (§ 5) en de inspecteurs van de FOD Volksgezondheid (§ 6).

¹⁴⁰⁸ Zie reeds: Advies over het programma inzake de erkenningscriteria van de centra voor orgaantransplantatie van 10 september 1998 van de Nationale Raad voor Ziekenhuisvoorzieningen, www.health.belgium.be, 4.

¹⁴⁰⁹ Vgl. J. CLAQUIN en J. HORS, “Distribution of Responsibilities in Sanitary Safety of Grafts” in Y. ENGLERT (ed.), *Organ and Tissue Transplantation in the European Union*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, (60) 62.

¹⁴¹⁰ BS 30 december 1999.

¹⁴¹¹ Vgl. Recommendation nr. R (79) 5 of 14 March 1979 of the Committee of Ministers to the Member States concerning international exchange and transportation of human substances, www.edqm.eu; A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, 1999, 23.

¹⁴¹² Art. 10, § 2, 4° KB Transplantatiecentra.

¹⁴¹³ Zie *infra* Deel VI, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, A.3.

¹⁴¹⁴ B. VAN HAELEWIJCK, *Don d'organes. Don de tissus*, 2002, 101-102; “24 uur voor een nieuw leven”, *magUZA* nr. 74, oktober 2008, www.maguza.be; “Wedloop tegen de tijd voor orgaandonaties”, *De Standaard* 19 april 2010, 7.

¹⁴¹⁵ Dit leidde reeds tot een geschil tussen de private helikopterservice N.H.V. en het ministerie van Landsverdediging. Zie: “Rechter verbiedt orgaanvluchten per legerhelikopter”, *De Morgen* 29 juli 2006, 8; Vraag nr. 14615 van de heer Lic Sevenhans aan de minister van Landsverdediging over “de oneerlijke concurrentie uitgeoefend door zijn departement met de privésector”, 13 maart 2007, CRABV 51 COM 1232; Brussel 26 februari 2008, *RW* 2010-11, 705, waar orgaanvervoer per legerhelikopter werd toegelaten;

§ 1. DE ‘BEVOEGDE AUTORITEIT’

302. In aanbeveling Rec(2006)15 stelde het Comité van Ministers van de Raad van Europa dat transplantatie een complex proces is en dat het efficiënte beheer van de vele verschillende functies bij dit proces idealiter wordt toevertrouwd aan één nationale transplantatie-organisatie. Dit zou het aantal orgaandonoren kunnen verhogen. De nationale transplantatie-organisatie zou aldus erkend en bevoegd moeten worden voor de organisatie van en het toezicht op onder andere de wachtlijsten, de allocatie van organen, de erkenning van transplantatie-instellingen, de traceerbaarheid van organen, de dataverzameling over donatie- en transplantatie-activiteiten, het orgaanvervoer en voorlichting aan het publiek.¹⁴¹⁶

In deze lijn meende ook het merendeel van de experten die werden geraadpleegd door de Europese Commissie dat het oprichten van een ‘nationale bevoegde autoriteit’ (*national Competent Authority*) noodzakelijk is om toezicht uit te oefenen op de kwaliteit en veiligheid van de transplantatie-activiteiten, en om deze activiteiten te autoriseren.¹⁴¹⁷ Daarom bepaalt artikel 17 Richtlijn 2010/53/EU dat de lidstaten moeten overgaan tot de aanwijzing van één of meerdere bevoegde autoriteiten,¹⁴¹⁸ die instaan voor o.a. de invoering van een kwaliteits- en veiligheidskader, het laten uitvoeren van audits, het verlenen van autorisaties,¹⁴¹⁹ het verstrekken van richtsnoeren aan gezondheidszorginstellingen en -personeel en het toezien op de orgaanuitwisseling. Voorbeelden van zo een bevoegde autoriteit zijn het Franse *Agence de la biomédecine*¹⁴²⁰ en de Engelse *Human Tissue Authority*¹⁴²¹.

303. België is niet overgegaan tot de aanwijzing van een bevoegde autoriteit in de zin van artikel 17 Richtlijn 2010/53/EU. Dit lag immers moeilijk wegens de bestaande bevoegdheidsverdeling in België. Terwijl de federale overheid bevoegd is voor het opstellen van erkenningsnormen voor ziekenhuisfuncties en diensten, zijn het de Gemeenschappen die

¹⁴¹⁶ Recommendation Rec(2006)15 of 8 November 2006 of the Committee of Ministers to member states on the background, functions and responsibilities of a National Transplant Organisation (NTO), <http://www.coe.int>.

¹⁴¹⁷ 1st National Expert Meeting on Organ Donation and Transplantation at Community Level – Summary Report, 13 juli 2007, Brussel, http://ec.europa.eu/health/blood_tissues_organ, 3. Zie ook: National Expert Meeting on Organ Donation and Transplantation at Community Level: Working Group on Quality and Safety – Summary Report, 31 januari 2008, Brussel, http://ec.europa.eu/health/blood_tissues_organ, 2; F. EWALD, “Transplantation et principe de précaution” in M.-J. THIEL (ed.), *Donner, recevoir un organe: droit, dû, devoir*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, (312) 315, die meent dat dergelijke autoriteiten stroken met een voorzorgsaanpak.

¹⁴¹⁸ Art. 3, b Richtlijn 2010/53/EU: “een autoriteit, instantie, organisatie en/of instelling die verantwoordelijk is voor de uitvoering van de voorschriften van deze richtlijn”.

¹⁴¹⁹ Art. 3, a Richtlijn 2010/53/EU: “de toestemming, erkenning, aanwijzing, vergunningverlening of registratie, afhankelijk van de in elke lidstaat gehanteerde begrippen en bestaande praktijken”.

¹⁴²⁰ Zie: <http://www.agence-biomedecine.fr>. Het Agence de la biomédecine is openbare administratieve overheid onder toezicht van de minister van Volksgezondheid (art. L1418-1, lid 1 Code de la Santé Publique). Het is bevoegd voor allerlei soorten lichaamsmateriaal. Zijn taken in verband met orgaanwegname en -transplantatie betreffen onder meer het opstellen van praktijkrichtlijnen, het bevorderen van kwaliteit en veiligheid, het bevorderen van wetenschappelijk onderzoek, het controleren van de medische activiteiten, het bevorderen van orgaandonatie, het beheren van de wachtlijsten en de orgaantoewijzing (art. L1235-5 en L1418-1, lid 2 Code de la Santé Publique). Het moet ook geraadpleegd worden bij de erkenning van de instellingen waar tot orgaanwegname en -transplantatie mag worden overgegaan (art. L1233-1, lid 1, art. L1234-2, lid 1 en art. L1235-1, lid 3 Code de la Santé Publique).

¹⁴²¹ Zie: HTA, “The Quality and Safety of Organs Intended for Transplantation: a documented framework”, 2014, nr. 3; <http://www.hta.gov.uk>. De Human Tissue Authority is bevoegd voor allerlei handelingen met lichaamsmateriaal, waaronder orgaanwegname voor transplantatiedoelinden (sec. 14 en schedule 1, part 1 Human Tissue Act 2004). Haar taken aangaande orgaanwegname en -transplantatie betreffen onder meer het opstellen van praktijkrichtlijnen, informatieverstrekking aan het publiek en professionals, het toekennen van vergunningen voor orgaanwegname- transplantatie-activiteiten en het geven van leiding inzake kwaliteit en veiligheid (sec. 15, 16(2)(c) en 26 Human Tissue Act 2004 en sec. 5 e.v. Quality and Safety of Organs Intended for Transplantation Regulations 2012). Door de erkenningsbevoegdheid kan de Human Tissue Authority de naleving van haar praktijkrichtlijnen min of meer afdwingen. Zie ook: J. MCHALE, o.c. in A. GRUBB, J. LAING en J. MCHALE (eds.), *Principles of medical law*, 2010 (3^{de} ed.), (1011) 1015.

bevoegd zijn voor de uitreiking van deze erkenning (de ‘autorisatie’) en de controle op de naleving van deze erkenningsnormen.¹⁴²² Er waren dus al overheidsinstanties bevoegd.

Overeenkomstig artikel 17, lid 1 Richtlijn 2010/53/EU is het mogelijk om de taken van de bevoegde autoriteit in de zin van de richtlijn te delegeren aan een andere instantie die overeenkomstig de nationale voorschriften geschikt wordt geacht.¹⁴²³ Het was duidelijk de bedoeling om de bestaande, goed werkende regeling onaangetast te laten. Zoals verder nog zal blijken, is dit in België voor een stuk gebeurd.¹⁴²⁴

304. Het feit dat de organisatie van de transplantatiesector grotendeels in handen van de overheid ligt, is van belang indien deze organisatie tot schade zou leiden voor de betrokkenen (o.a. ontvangers, donoren, artsen, ziekenhuizen). De overheid zal immers aansprakelijk zijn voor zijn organisatiefouten die de schade hebben veroorzaakt (art. 1382 BW).¹⁴²⁵ Er zal sprake zijn van een (organisatie)fout indien de overheid de sector organiseerde (of naliet deze te organiseren) op een wijze die afwijkt van hoe een normaal, zorgvuldige overheid, geplaatst in dezelfde omstandigheden, het zou hebben gedaan.

Te denken valt bv. aan een gebrek aan lokale donorcoördinatoren.¹⁴²⁶ Hierdoor zullen bepaalde donoren niet worden gedetecteerd, zodat sommige potentiële ontvangers een transplantatie en dus een genezing mislopen. Het belang van deze coördinatoren wordt internationaal erkend,¹⁴²⁷ zodat een zorgvuldige overheid dit in principe niet kan negeren. De moeilijkheid zal er dan echter in bestaan om het oorzakelijk verband tussen de organisatiefout en de schade van de ontvanger aan te tonen. Gelet op het feit dat orgaantransplantatie van vele variabelen afhangt, zal het niet meevallen om aan te tonen dat de ontvanger wél een transplantatie zou hebben ondergaan, laat staan genezen zou zijn. Dit causaliteitsprobleem kan eventueel worden opgevangen door niet voor het gebrek aan genezing, maar voor het verlies van een kans op genezing schadevergoeding te vorderen.¹⁴²⁸

§ 2. DE GENEESHEER-DIENSTHOOFD VAN HET TRANSPLANTATIECENTRUM

305. Voor ieder transplantatiecentrum moet de ziekenhuisbeheerder een geneesheer-diensthofd aanwijzen.¹⁴²⁹ Deze functie mag niet gecumuleerd worden met de functie van arts die de leiding heeft over het transplantatiecoördinatieteam.¹⁴³⁰ De geneesheer-diensthofd staat wel aan het hoofd van het wegnemings- en het transplantatieteam van het transplantatiecentrum. Maar zoals gezegd, moet de geneesheer-diensthofd toezien op een strikte scheiding tussen de wegneming en de transplantatie.¹⁴³¹

In de praktijk gebeurt het dat de ‘dienst transplantatie’ het personeel voor transplantaties met abdominale organen (nier, lever, pancreas, darm) huisvest, terwijl personeel voor transplantatie van thoracale organen (hart, longen, luchtpijp) ook bij andere diensten zoals de

¹⁴²² Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2011-12, nr. 53-2158/1, 11-12.

¹⁴²³ In dezelfde zin: Recommendation Rec(2006)15 of 8 November 2006 of the Committee of Ministers to member states on the background, functions and responsibilities of a National Transplant Organisation (NTO), <http://www.coe.int>.

¹⁴²⁴ Vgl. ook voor Nederland met de Nederlandse Transplantatie Stichting (<http://www.transplantatiestichting.nl>), die instaat voor orgaantoewijzing en voorlichting van het publiek en de gezondheidsprofessionals.

¹⁴²⁵ T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 197 e.v.

¹⁴²⁶ M.-A. HERMITTE, o.c. in R. CARVAIS en M. SASPORTES (eds.), *La greffe humaine*, 2000, (701) 707.

¹⁴²⁷ Zie *supra* Afd. 1, § 3 van dit Hoofdstuk.

¹⁴²⁸ M.-A. HERMITTE, o.c. in R. CARVAIS en M. SASPORTES (eds.), *La greffe humaine*, 2000, (701) 707.

¹⁴²⁹ Art. 7, lid 1 KB Transplantatiecentra.

¹⁴³⁰ Art. 7, lid 2 KB Transplantatiecentra.

¹⁴³¹ Art. 7, lid 2 KB Transplantatiecentra.

‘dienst thoracale heilkunde’ werkzaam is onder leiding van een ander geneesheer-diensthoofd. Het KB Transplantatiecentra lijkt zich hier niet tegen te verzetten. Het volstaat dat het transplantatiecentrum over het personeel van die andere dienst kan beschikken en dat van elke discipline en bijzondere beroepstitel zoals bedoeld in artikel 6, § 2, lid 1 KB Transplantatiecentra minstens één arts permanent oproepbaar is en zich binnen 15 minuten in het transplantatiecentrum bevindt.¹⁴³² De geneesheer-diensthoofd zal natuurlijk wel de leiding hebben wat betreft de orgaanwegnemings- en transplantatie-activiteiten.

306. Enerzijds betreffen de taken van de geneesheer-diensthoofd dienstverlening naar binnen toe. Zo moet hij verzekeren dat het transplantatiecentrum actief is in het fundamenteel en klinisch wetenschappelijk onderzoek inzake het wegnemen en transplanteren van organen en de opvolging ervan.¹⁴³³ De universitaire ziekenhuissetting leent zich hier zeer goed toe. Daarnaast moet hij ervoor zorgen dat er voor elk transplantatieprogramma¹⁴³⁴ en voor elk orgaan een specifiek protocol is ontwikkeld en dat het centrum medewerking verleent aan de permanente vorming van gezondheidszorgberoepen.¹⁴³⁵

Anderzijds heeft de geneesheer-diensthoofd ook taken naar buiten toe. Hij moet ervoor zorgen dat het transplantatiecentrum zijn medewerking verleent aan de nationale sensibiliserings- en voorlichtingscampagnes en aan alle initiatieven van de Belgische transplantatieraad (*infra* § 4).¹⁴³⁶

§ 3. INTERNE TRANSPLANTATIERADEN

307. Ieder transplantatiecentrum moet een interne transplantatieraad oprichten om erkend te worden en te blijven.¹⁴³⁷ De taak van deze interne raden blijkt hoofdzakelijk kwaliteitsopvolging. De interne raad is meer bepaald belast met de coördinatie van de opvolging van de orgaanontvangers, in samenwerking met de behandelende artsen, en met de verzameling van kwalitatieve indicatoren inzake de wegneming en transplantatie (met name de donor- en ontvangerselectie).¹⁴³⁸ De interne transplantatieraad draagt eveneens de leden van het transplantatiecoördinatieteam voor ter benoeming door de hoofdgeneesheer.¹⁴³⁹

308. Tegelijk met de omzetting van Richtlijn 2010/53/EU werd de samenstelling van de interne transplantatieraden hervormd.¹⁴⁴⁰ Positief is dat nu ook het hoofd van het verpleegkundig departement en de arts die het transplantatiecoördinatieteam leidt,¹⁴⁴¹ in de raad

¹⁴³² Art. 6 KB Transplantatiecentra.

¹⁴³³ Art. 8, 3° KB Transplantatiecentra.

¹⁴³⁴ Dergelijk programma behelst het geheel van activiteiten die verbonden zijn aan het transplanteren van organen (o.a. organiseren van een donorprogramma, de indicatiestelling tot transplantatie, de voorbereiding van de patiënt, het uitvoeren van de transplantatie, de nabehandeling en het toezicht op de functie van het getransplanteerde orgaan), wat een geïntegreerde multidisciplinaire benadering vergt. Zie: Advies van 13 maart 2003 van de Nationale Raad voor Ziekenhuisvoorzieningen betreffende de erkenning van de transplantatiecentra als ziekenhuisfunctie, www.health.belgium.be (inleiding).

¹⁴³⁵ Art. 8, 4° en 5° KB Transplantatiecentra.

¹⁴³⁶ Art. 8, 1° en 2° KB Transplantatiecentra.

¹⁴³⁷ Art. 10/25, § 1 KB Transplantatiecentra.

¹⁴³⁸ Art. 10/25, § 2, leden 1 en 2 KB Transplantatiecentra.

¹⁴³⁹ Art. 10, § 1, 3° KB Transplantatiecentra.

¹⁴⁴⁰ Art. 16 KB van 10 november 2012 tot wijziging van het koninklijk besluit van 23 juni 2003 houdende vaststelling van de normen waaraan een transplantatiecentrum moet voldoen om te worden erkend als medische dienst zoals bedoeld in artikel 44 van de wet op de ziekenhuizen, gecoördineerd op 7 augustus 1987, BS 23 november 2012.

¹⁴⁴¹ Het transplantatiecoördinatieteam staat in voor de verzameling van de gegevens betreffende het wegnemen en transplanteren van organen (art. 10, § 2, 5° KB Transplantatiecentra).

zijn inbegrepen.¹⁴⁴² Voor het overige roept de nieuwe samenstelling evenwel enkele bedenkingen op.

Vroeger was de geneesheer-diensthooft van het centrum de voorzitter van de interne transplantatieraad.¹⁴⁴³ Nu draagt de hoofdgeneesheer van het ziekenhuis het voorzitterschap.¹⁴⁴⁴ Los van zijn drukke agenda kan worden afgevraagd of de hoofdgeneesheer wel voldoende expertise heeft op het vlak van orgaantransplantatie om als voorzitter op te treden. *Prima facie* lijkt de keuze voor de geneesheer-diensthooft als voorzitter logischer.¹⁴⁴⁵

Nieuw is ook dat nu alle diensthooften van de diensten die betrokken zijn bij de behandeling van donoren en ontvangers, inclusief van de diensten in de ziekenhuizen waarmee een samenwerkingsakkoord werd gesloten inzake de functie “lokale donorcoördinatie”, aanwezig moeten zijn.¹⁴⁴⁶ Ook al kunnen deze diensthooften een afgevaardigde sturen, dan nog lijkt de veelheid van betrokken diensten een regelmatige vergadering praktisch te bemoeilijken.

Voorheen moest er ook minstens één arts-specialist van ieder van de disciplines die voor de erkenning in het transplantatiecentrum aanwezig moeten zijn (art. 6, § 2 KB Transplantatiecentra), in de raad zetelen.¹⁴⁴⁷ Nu is enkel nog de aanwezigheid van een neurochirurg of een neuroloog nodig.¹⁴⁴⁸ Op het eerste gezicht lijkt een beperking van de aanwezige expertise niet meteen een verbetering.

De interne transplantatieraden die goed functioneerden volgens de oude samenstelling, kunnen gebruik maken van een achterpoortje om in de praktijk niet al te veel te moeten veranderen. Het volstaat dat de interne transplantatieraad éénmaal per jaar vergadert.¹⁴⁴⁹ Bijgevolg kan men doorheen het jaar blijven vergaderen volgens de oude samenstelling en de nieuwe samenstelling beperken tot die ene keer, waarbij de oude samenstelling alles grotendeels kan voorbereiden.

§ 4. DE BELGISCHE TRANSPLANTATIERAAD

309. Bij KB van 24 november 1997 werd de Belgische transplantatieraad opgericht.¹⁴⁵⁰ Deze raad verenigt expertise vanuit verschillende hoeken. De leden zijn afkomstig van de transplantatiecentra, waaronder ook verpleegkundige transplantatiecoördinatoren, van de wetenschappelijke verenigingen van artsen-specialisten voor disciplines die nauw bij orgaandonatie betrokken zijn, van de ziekenfondsen, van het RIZIV, van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek of van het Ministerie van Volksgezondheid.¹⁴⁵¹ Deze leden worden door de Koning benoemd voor een (eenmalig hernieuwbare) periode van vijf jaar.¹⁴⁵²

¹⁴⁴² Art. 10/25, § 2, 2° en 5° KB Transplantatiecentra.

¹⁴⁴³ Oud art. 11, § 1 KB Transplantatiecentra.

¹⁴⁴⁴ Art. 10/25, § 2, lid 2 KB Transplantatiecentra.

¹⁴⁴⁵ Zie ook: art. 3, § 2 KB Kwaliteitstoetsing, dat bepaalt dat de interne toetsing aan de kwaliteitsindicatoren moet gebeuren door een geneesheer die een activiteit in de desbetreffende dienst uitoefent, in plaats van de hoofdgeneesheer zelf, die enkel het rapport moet opmaken (art. 2 KB Kwaliteitstoetsing).

¹⁴⁴⁶ Art. 10/25, § 2, 3° KB Transplantatiecentra.

¹⁴⁴⁷ Oud art. 11, § 1 KB Transplantatiecentra.

¹⁴⁴⁸ Art. 10/25, § 2, 4° KB Transplantatiecentra.

¹⁴⁴⁹ Art. 10/25, § 2, laatste lid KB Transplantatiecentra.

¹⁴⁵⁰ Oud KB van 24 november 1997 betreffende het wegnemen en toewijzen van organen van menselijke oorsprong (BS 23 december 1997), nu vernoemd tot het KB van 24 november 1997 betreffende de Belgische transplantatieraad (verkort: KB Transplantatieraad), zoals bepaald in art. 1 KB van 10 november 2012 tot wijziging van het koninklijk besluit van 24 november 1997 betreffende het wegnemen en toewijzen van organen van menselijke oorsprong (BS 23 november 2012).

¹⁴⁵¹ Art. 3, § 2 KB Transplantatieraad.

¹⁴⁵² Art. 3, § 3 KB Transplantatieraad. Zie: KB van 29 mei 1999 houdende benoeming van de leden van de Belgische transplantatieraad, BS 8 juli 1999; KB van 7 mei 2000 tot wijziging van het koninklijk besluit van 29 mei 1999 houdende benoeming van de leden van de Belgische transplantatieraad, BS 18 oktober 2000; KB van 9 december 2004 houdende benoeming van de leden van de Belgische transplantatieraad, BS 23 februari 2005; KB van 3 mei 2006 tot wijziging van het koninklijk besluit van 9 december 2004 houdende

De Belgische transplantatieraad kan worden omschreven als een nationaal adviserend en beleidsondersteunend orgaan.¹⁴⁵³ Zo heeft de raad als taak maatregelen ter bevordering van orgaandonatie, van de kwaliteit en veiligheid van weggenomen organen en van de optimale toewijzing van de weggenomen organen voor te stellen aan de Koning.¹⁴⁵⁴ Aldus kan de raad actief sturen naar onder meer nieuwe regelgeving over het quasi-volledige spectrum van transplantatie-gerelateerde onderwerpen. Anderzijds kan de raad ook op eigen initiatief of op verzoek adviezen over het wegnemen en transplanteren van organen formuleren aan de minister van Volksgezondheid. Deze adviezen moet conform zijn aan de wetten en reglementen inzake het wegnemen en transplanteren van organen.¹⁴⁵⁵ Daarom moet worden overwogen om ook een specialist in het gezondheidsrecht aan de samenstelling van de Raad toe te voegen. Voorheen lag de focus van de adviesbevoegdheid met name op de erkenning en het functioneren van het orgaantoewijzingsorganisme.¹⁴⁵⁶ Deze focus wordt nu niet meer gesteld, wat kan worden begrepen als een taakverruiming. Daarbij is nog van belang dat ieder transplantatiecentrum zijn medewerking moet verlenen aan alle initiatieven van de Belgische transplantatieraad binnen zijn voorstel- en adviesbevoegdheid.¹⁴⁵⁷

310. De Belgische transplantatieraad is echter niet het enige adviesorgaan waarop de regelgever inzake orgaantransplantatie een beroep kan doen. Er werd al vermeld dat de raad ook (niet-stemgerechtigde) leden vanuit het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek onder zich heeft.¹⁴⁵⁸ Dit Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, opgericht bij wet van 6 maart 1995, publiceert op eigen initiatief of op verzoek adviezen omtrent bio-ethische kwesties en staat in voor het informeren van het publiek en de politieke instanties.¹⁴⁵⁹ Het heeft zelf ondertussen al enkele adviezen met betrekking tot orgaantransplantatie uitgebracht.

De leden van de Belgische transplantatieraad vanuit de transplantatiecentra worden op hun beurt voorgedragen door de Belgische Transplantatievereniging.¹⁴⁶⁰ Deze vereniging profileert zichzelf eveneens als orgaan waarmee de overheid (of enige andere organisatie) transplantatiekwesties kan bespreken.¹⁴⁶¹

benoeming van de leden van de Belgische transplantatieraad, *BS* 13 juni 2006; KB van 12 juni 2009 tot wijziging van het koninklijk besluit van 9 december 2004 houdende benoeming van de leden van de Belgische transplantatieraad, *BS* 9 juli 2009; KB van 26 april 2010 houdende benoeming van de leden van de Belgische transplantatieraad, *BS* 14 mei 2010. De leden hebben recht op presentiegeld en vergoeding van reis- en verblijfskosten (art. 9 KB Transplantatieraad).

¹⁴⁵³ Dit is geen uniek verschijnsel. Vgl. onder andere met de Coördinatiegroep Orgaandonatie in Nederland (Besluit Coördinatiegroep Orgaandonatie 2009, *Stcrt.* 2009, 14.830), het Agence de la biomédecine in Frankrijk (art. L1418-1, lid 2, 2° en 12° Code de la Santé Publique), de Human Tissue Authority in Engeland (sec. 15(f) Human Tissue Act 2004) en het Advisory Committee on Organ Transplantation in de Verenigde Staten (42 C.F.R. § 121.12).

¹⁴⁵⁴ Art. 4, lid 1, 1° KB Transplantatieraad.

¹⁴⁵⁵ Art. 4, lid 1, 2° en lid 2 KB Transplantatieraad.

¹⁴⁵⁶ Oud art. 4, lid 1, 3° en 4° en lid 2 en art. 5 KB van 24 november 1997 betreffende het wegnemen en toewijzen van organen van menselijke oorsprong, *BS* 23 december 1997.

¹⁴⁵⁷ Art. 8, 2° KB Transplantatiecentra. Hieronder kan m.i. een plicht tot informatieverstrekking op verzoek begrepen worden. Zie in dat verband ook: art. 10/25, § 2, lid 3 KB Transplantatiecentra (ter beschikkingstelling van een jaarlijks activiteitenverslag aan de Belgische Transplantatieraad).

¹⁴⁵⁸ Art. 3, § 2, 5° en § 4 KB Transplantatieraad.

¹⁴⁵⁹ Wet van 6 maart 1995 houdende goedkeuring van het samenwerkingsakkoord houdende oprichting van een Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, gesloten te Brussel, op 15 januari 1993 tussen de Staat, de Vlaamse Gemeenschap, de Franse Gemeenschap, de Duitstalige Gemeenschap en de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie (*BS* 15 juni 1995) en Samenwerkingsakkoord van 15 januari 1993 houdende oprichting van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek (*BS* 12 mei 1993). Zie ook: www.health.belgium.be.

¹⁴⁶⁰ Art. 3, § 2, 1° KB Transplantatieraad.

¹⁴⁶¹ Zie: www.transplant.be.

Verder kan de overheid ook rekenen op de Hoge Gezondheidsraad,¹⁴⁶² de Koninklijke Academie voor Geneeskunde van België¹⁴⁶³ en de Nationale Raad van de Orde der artsen, die elk al adviezen over orgaanwegneming en –transplantatie hebben uitgebracht.

Tot slot kan de wetgever ook beroep doen op individuele experts in het raam van hoorzittingen tijdens de parlementaire voorbereiding van wetgeving.¹⁴⁶⁴

§ 5. SAMENWERKINGSVERBAND(EN) “WEGNEMING EN TRANSPLANTATIE VAN ORGANEN”

A. Algemeen

311. Overeenkomstig artikel 10 Ziekenhuiswet kan de Koning voorzien in samenwerkingsverbanden tussen verzorgingsinstellingen en ziekenhuisdiensten inzake verzorgingsdomeinen die Hij bepaalt. Naar aanleiding van de omzetting van Richtlijn 2010/53/EU werd dergelijk samenwerkingsverband inzake orgaanwegneming en -transplantatie in het leven geroepen. Dit samenwerkingsverband wordt geregeld in het KB van 10 november 2012 tot vaststelling van de erkenningsnormen voor het samenwerkingsverband “wegneming en transplantatie van organen” (verkort: KB Samenwerkingsverband).¹⁴⁶⁵

Een samenwerkingsverband “wegneming en transplantatie van organen” is “*een initiatief erkend door de overheid die voor het gezondheidsbeleid bevoegd is krachtens artikel 128, artikel 130 of artikel 135 van de Grondwet en dat gericht is op het plegen van overleg over de samenwerking op het vlak van het wegnemen en transplanteren van organen*” (eigen onderlijning).¹⁴⁶⁶ Het samenwerkingsverband “wegneming en transplantatie van organen” heeft dus een beleidsmatige functie. De benaming van dit samenwerkingsverband is dan ook verwarrend, aangezien deze doet vermoeden dat het gaat om samenwerking in het raam van een concrete transplantatieprocedure, *quod non*.

312. De oprichting van dergelijke samenwerkingsverbanden werd geenszins verplicht door Richtlijn 2010/53/EU. Artikel 19 van deze richtlijn voorziet slechts dat de Europese Commissie een informatie-uitwisselingsnetwerk opzet om ervaringen in verband met de kwaliteits- en veiligheidsmaatregelen te delen onder de bevoegde autoriteiten van de lidstaten. Wel vereist artikel 17, lid 2, c Richtlijn 2010/53/EU dat de bevoegde autoriteiten of een gedelegeerde instantie passende richtsnoeren verstrekken aan gezondheidszorginstellingen, -personeel en andere betrokken partijen. In het Spaanse model wordt bovendien samenwerking bij de aanpak van gemeenschappelijke problemen gepromoot.¹⁴⁶⁷ Ook de (Belgische) Nationale Raad voor Ziekenhuisvoorzieningen raadde in het verlengde van Richtlijn 2010/53/EU aan om een

¹⁴⁶² Art. 3 KB van 5 maart 2007 houdende oprichting van de Hoge Gezondheidsraad, BS 21 maart 2007.

¹⁴⁶³ Art. 1, § 2 Bijlage Besluit VI. Reg. van 20 februari 2004 tot goedkeuring van de statuten van de Koninklijke Academie voor Geneeskunde van België, BS 13 april 2004.

¹⁴⁶⁴ Zie bv.: Verslag BROTCHE en TEMMERMAN, *Parl. St.* Senaat 2010-11, nr. 5-666/3, 21 e.v.

¹⁴⁶⁵ BS 23 november 2012. Zie ook: KB van 10 november 2012 waarbij sommige bepalingen van de wet betreffende de ziekenhuizen en andere verzorgingsinrichtingen, gecoördineerd op 10 juli 2008, toepasselijk worden verklaard op het samenwerkingsverband “wegneming en transplantatie van organen”, BS 23 november 2012.

¹⁴⁶⁶ Art. 1 KB Samenwerkingsverband. De bedoelde overheden zijn de Parlementen van de Vlaamse, Franse en Duitstalige Gemeenschap.

¹⁴⁶⁷ R. MATESANZ, B. MIRANDA en C. FELIPE, o.c. in Y. ENGLERT (ed.), *Organ and Tissue Transplantation in the European Union*, 1995, (103) 106. Vgl. ook de *Organ Donation Breakthrough Collaboratives* in de VSA, die gericht zijn op het delen en implementeren van de beste praktijken inzake donoreffectuering tussen OPO's en transplantatiecentra, donorziekenhuizen en *organ procurement organizations* en gepaard gingen met een stijging van het aantal overleden donoren: W.H. MARKS *et al.*, “Organ Donation and Utilization, 1995-2004: Entering the Collaborative Era”, *Am. J. Transpl.* 2006, 1101-1110; A.K. GLAZIER, “Systematic increases in organ donation: the United States experience” in A.-M. FARRELL, D. PRICE en M. QUIGLEY (eds.), *Organ shortage*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, (195) 196-200.

kwaliteitssysteem en de nodige zorgprocessen uit te werken in intens overleg met allen betrokken bij wijze van een ‘multipolair open communicatieplatform’.¹⁴⁶⁸ Men beschouwde dit als een beter alternatief voor een aparte rechtspersoon, zoals UNOS in de VSA.

B. Overeenkomst tussen zorgaanbieders

313. Het samenwerkingsverband “wegneming en transplantatie van organen” berust op een schriftelijke, juridisch geformaliseerde overeenkomst tussen verschillende zorgaanbieders.¹⁴⁶⁹ Deze overeenkomst mag niet worden verward met het samenwerkingsakkoord dat een transplantatiecentrum met een functie “lokale donorcoördinatie” moet sluiten om organen te kunnen wegneming bij die functie.¹⁴⁷⁰

Opdat het samenwerkingsverband erkend kan worden, moet bij de overeenkomst minstens één van elk van de volgende zorgaanbieders aangesloten zijn:¹⁴⁷¹

- een transplantatiecentrum
- een functie “lokale donorcoördinatie”
- een zorgprogramma cardiale pathologie T
- een functie “gespecialiseerde spoedgevallenzorg”
- een functie voor intensieve zorg
- een laboratorium voor klinische biologie dat HLA-tests kan uitvoeren
- een centrum voor de behandeling van chronische nierinsufficiëntie

Voor de transplantatiecentra en de functies “lokale donorcoördinatie” is de aansluiting bij een samenwerkingsverband verplicht opdat ze zelf erkend zouden worden.¹⁴⁷² De andere zorgaanbieders werden niet verplicht om zich bij een samenwerkingsverband aan te sluiten, wat problematisch zou kunnen zijn voor de totstandkoming van dergelijke samenwerkingsverbanden.

314. Artikel 4, § 3 KB Samenwerkingsverband bepaalt de minimuminhoud van de samenwerkingsverbandovereenkomst. Zo moet onder meer worden beschreven welk gebied het samenwerkingsverband bestrijkt. Ieder van de bovengenoemde zorgaanbieders die zich in het gebied van het samenwerkingsverband bevindt, moet de mogelijkheid worden geboden om zich bij het samenwerkingsverband aan te sluiten. Er kunnen meerdere samenwerkingsverbanden doorheen België worden opgericht. Elke zorgaanbieder mag deel uitmaken van verschillende samenwerkingsverbanden. In principe moet de zorgaanbieder zich bevinden in het contractueel beschreven gebied van het samenwerkingsverband waartoe hij behoort. Indien er in het beschreven gebied een van de vereiste zorgaanbieders niet aanwezig is, dan moet het samenwerkingsverband een schriftelijke samenwerkingsovereenkomst afsluiten met één of meerdere van deze zorgaanbieders.¹⁴⁷³ Het is uiteraard ook mogelijk dat één samenwerkingsverband zich uitstrekt over heel België.

¹⁴⁶⁸ Advies van de Nationale Raad voor ziekenhuisvoorzieningen van 12 mei 2011 m.b.t. orgaanwegneming en –transplantatie, <http://www.health.belgium.be>, 6-7 en 10; Advies van de Nationale Raad voor ziekenhuisvoorzieningen van 10 mei 2012 m.b.t. orgaanwegneming en orgaantransplantatie, <http://www.health.belgium.be>, 3.

¹⁴⁶⁹ Art. 4, § 1 KB Samenwerkingsverband.

¹⁴⁷⁰ Zie hierover *supra* Afd. 1, § 2 van dit Hoofdstuk.

¹⁴⁷¹ Art. 3, lid 1 en 2 KB Samenwerkingsverband.

¹⁴⁷² Art. 10/23 KB Transplantatiecentra; art. 15 KB Donorcoördinatie. Beide bepalingen bevatten jammerlijke typfouten: “saneringsverband” en “erkenningensnoemer”, wat uiteraard “samenwerkingsverband” en “erkenningennormen” zou moeten zijn.

¹⁴⁷³ Art. 3, leden 2 t.e.m. 5 KB Samenwerkingsverband.

Er moeten verder onder meer financiële afspraken worden gemaakt. Wellicht wordt hiermee een regeling voor de werkingskosten van het samenwerkingsverband bedoeld. Het is uiteraard niet de bedoeling om verboden mededingingsbeperkende afspraken te maken, of orgaanhandel tot stand te brengen.¹⁴⁷⁴

Ook de duur van de overeenkomst, de opzeggingsmodaliteiten en de eventuele proefperiode moeten geregeld worden. Het is m.i. niet uitgesloten dat de overeenkomst voor onbepaalde duur wordt aangegaan.

C. *Werking*

315. De werking van het samenwerkingsverband berust op twee actoren: een coördinator en een comité. Voor ieder samenwerkingsverband moet een coördinator worden aangeduid. Zijn taak bestaat in het organiseren en coördineren van de activiteiten van het samenwerkingsverband in samenspraak met de deelnemende zorgaanbieders.¹⁴⁷⁵ De functie van coördinator van een samenwerkingsverband moet onderscheiden worden van de functies van transplantatiecoördinator en lokale donorcoördinator. De coördinator van het samenwerkingsverband kan, maar moet niet één van deze laatstgenoemde coördinatoren zijn. De term ‘coördinator’ dreigt echter tot verwarring te leiden en is dus ongelukkig gekozen.

316. Daarnaast moet het samenwerkingsverband beschikken over een comité bestaande uit vertegenwoordigers van elk van de deelnemende zorgaanbieders.¹⁴⁷⁶ Naargelang het samenwerkingsverband en zijn gebied kan het om vele vertegenwoordigers gaan, wat het vergaderen praktisch kan bemoeilijken.

Binnen het comité neemt de doelstelling van het samenwerkingsverband een concrete vorm aan. Het comité heeft als opdracht het nemen van initiatieven met het oog op kwaliteitsverbetering van de zorgverlening. Hierin heeft het comité een zekere vrijheid. Het samenwerkingsverband kan dus voor verschillende problemen een oplossingsforum bieden. Artikel 6, § 2, 2° KB Samenwerkingsverband bepaalt wel een aantal initiatieven die zeker binnen de kwaliteitsverbeteringsopdracht van het comité moeten worden genomen. Het betreft onder andere het opstellen van een model samenwerkingsovereenkomst tussen functie “lokale donorcoördinatie” en transplantatiecentrum, alsook het opstellen van richtlijnen voor karakterisering, voor detectie en conditionering van overleden donoren of voor de follow-up van levende donoren. Het comité moet ook waken over de uitvoering van de overeenkomst over het samenwerkingsverband.¹⁴⁷⁷

Optioneel kan binnen het samenwerkingsverband een overleggroep per orgaan worden opgericht. Alle relevante zorgaanbieders moeten dan bij dergelijke overleggroep betrokken worden.¹⁴⁷⁸ Bij een overleggroep over harttransplantatie zullen dus de zorgprogramma’s cardiale pathologie T betrokken moeten worden, *quod non* bij een overleggroep over niertransplantatie. De overleggroepen zijn afhankelijk van het comité, dat de resultaten van de overleggroepen moet goedkeuren.¹⁴⁷⁹

¹⁴⁷⁴ Cf. ook al *supra* Afd. 1, § 3, B.2.c. van dit Hoofdstuk.

¹⁴⁷⁵ Art. 5 KB Samenwerkingsverband. Een en ander moet nader worden uitgewerkt in de samenwerkingsovereenkomst tussen de zorgaanbieders. Zie ook art. 4, § 3, 11° KB Samenwerkingsverband.

¹⁴⁷⁶ Art. 6, § 1 KB Samenwerkingsverband. Een en ander moet nader worden uitgewerkt in de samenwerkingsovereenkomst tussen de zorgaanbieders. Zie ook art. 4, § 3, 6° KB Samenwerkingsverband.

¹⁴⁷⁷ Art. 6, § 2, 1° KB Samenwerkingsverband

¹⁴⁷⁸ Art. 7, lid 1 en 2 KB Samenwerkingsverband.

¹⁴⁷⁹ Art. 7, lid 3 KB Samenwerkingsverband.

317. Op de keper beschouwd komt het samenwerkingsverband nogal bureaucratisch over. Het lijkt enigszins in te gaan tegen de filosofie achter Richtlijn 2010/53/EU, die de kwaliteit en veiligheid wilde waarborgen zonder onnodige belasting van de praktijk. De vraag moet worden gesteld of de beoogde doelstelling van de samenwerkingsverbanden niet evengoed kan worden bereikt door de opdracht van deze verbanden te integreren in bestaande actoren, zoals de interne transplantatieraden en/of de Belgisch transplantatieraad. Ook in bv. Frankrijk en Engeland worden praktijkrichtlijnen uitgevaardigd door centrale instanties.¹⁴⁸⁰

§ 6. INSPECTEURS VAN DE FOD VOLKSGEZONDHEID

318. In verband met de naleving van de Orgaantransplantatiewet en haar uitvoeringsbesluiten werd voorzien in een specifiek controlemechanisme. Artikel 16, lid 1 en 3 Orgaantransplantatiewet bepaalt dat de door de Koning aangewezen ambtenaren of personeelsleden van de Federale Overheidsdienst Volksgezondheid, Veiligheid van de Voedselketen en Leefmilieu (FOD Volksgezondheid) of van het Federaal Agentschap voor Geneesmiddelen en Gezondheidsproducten (FAGG) belast zijn met de controle op de Orgaantransplantatiewet en haar uitvoeringsbesluiten en het opsporen van de misdrijven, onverminderd de bevoegdheid van de officieren van de gerechtelijke politie.

De secretarissen van de Provinciale Geneeskundige Commissies – dit zijn ambtenaren van de gezondheidsinspectie van de FOD Volksgezondheid – werden hiervoor aangewezen.¹⁴⁸¹ De controle inzake weefsels en cellen werd daarentegen overgelaten aan de FAGG-controleurs.¹⁴⁸²

Vóór de wetwijziging van 27 december 2006 kon de Koning enkel ‘geneesheren-ambtenaren’ als inspecteur aanwijzen.¹⁴⁸³ Deze beperking is nu opgeheven. De wetgever was immers van oordeel dat het toezicht op bepaalde aspecten van de betreffende wetgeving ook door personen van andere disciplines dan arts kan worden uitgeoefend.¹⁴⁸⁴ Bovendien wenste de wetgever deze taak niet te beperken tot statutairen, gelet op het groeiende aantal hooggespecialiseerde medewerkers die met een arbeidsovereenkomst aan de overheid verbonden zijn.¹⁴⁸⁵

319. Bij de totstandkoming van de Orgaantransplantatiewet werd aangedrongen op een strenge controle op de naleving van de wet, opdat artsen zich niet zouden laten meeslepen door “*overdreven enthousiasme*” in deze gevoelige materie.¹⁴⁸⁶ De wet geeft de bevoegde controleurs hiervoor ruime onderzoeksbevoegdheden¹⁴⁸⁷: te allen tijde toegang tot de

¹⁴⁸⁰ Zie al *supra* Afd. 1, § 5 van dit Hoofdstuk over het *Agence de la biomédecine* (Frankrijk) en de *Human Tissue Authority* (Verenigd Koninkrijk).

¹⁴⁸¹ Art. 1 KB van 30 oktober 1986 houdende aanwijzing van de geneesheren-ambtenaren belast met de controle op de toepassing van de wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, en de besluiten tot uitvoering ervan, *BS* 14 februari 1987.

¹⁴⁸² Art. 23, § 1 Wet Menselijk Lichaamsmateriaal. Zie ook: Art. 4, lid 3, 6°, d en art. 23 Wet van 20 juli 2006 betreffende de oprichting en de werking van het Federaal Agentschap voor Geneesmiddelen en Gezondheidsproducten, *BS* 8 september 2006 *juncto* artt. 1 en 2 KB van 17 december 2008 betreffende het toezicht uit te oefenen door het Federaal Agentschap voor Geneesmiddelen en gezondheidsproducten, *BS* 23 december 2008; Memorie van toelichting bij het wetsontwerp houdende diverse bepalingen (I), *Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 51-2760/1, 137.

¹⁴⁸³ Vorig art. 16, lid Orgaantransplantatiewet, zoals gewijzigd door art. 238 Wet van 27 december 2006 houdende diverse bepalingen (I), *BS* 28 december 2006.

¹⁴⁸⁴ Memorie van toelichting bij het wetsontwerp houdende diverse bepalingen (I), *Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 51-2760/1, 138.

¹⁴⁸⁵ Memorie van toelichting bij het wetsontwerp houdende diverse bepalingen (I), *Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 51-2760/1, 137.

¹⁴⁸⁶ *Hand. Kamer* 1985-86, 3 juni 1986, 1213.

¹⁴⁸⁷ Art. 16, leden 2 t.e.m. 6 Orgaantransplantatiewet.

ziekenhuizen, de vaststelling van misdrijven in processen-verbaal die kracht van bewijs hebben en de verkrijging van alle nodige inlichtingen en documenten. De Orgaantransplantatiewet voorziet evenwel niet in strafsancities voor de weigering om toegang tot het ziekenhuis te verlenen of om de gevraagde documenten te over te maken. Als arts kan de inspecteur ook monsters nemen en analyses verrichten in het geval van een gewelddadige, onbekende of verdachte doodsoorzaak. De Koning kan hiervoor de voorwaarden bepalen, alsook de nadere regels in verband met de vorming en kwalificaties van de inspecteurs.¹⁴⁸⁸ Tot op heden is dit nog niet gebeurd.

In verband met de controle vanuit de FOD Volksgezondheid moet hier tevens worden gewezen op een specifieke informatieplicht van de transplantatiecentra en de functies “lokale donorcoördinatie”. Zowel de transplantatiecentra, als de functies “lokale donorcoördinatie” moeten immers het register betreffende de aantallen en soorten donoren en organen, evenals hun jaarverslag van deze gegevens overmaken aan o.a. de FOD Volksgezondheid.¹⁴⁸⁹

320. Tot slot moet nog worden vermeld dat ieder transplantatiecentrum haar medewerking moet verlenen aan de interne en externe toetsing van de medische activiteit overeenkomstig het KB van 15 februari 1999 betreffende de kwalitatieve toetsing van de medische activiteit in de ziekenhuizen¹⁴⁹⁰ (verkort: KB Kwaliteitstoetsing).¹⁴⁹¹ Ook de functies “lokale donorcoördinatie”, de zorgprogramma’s cardiale pathologie T en de centra voor de behandeling van chronische nierinsufficiëntie zijn hiertoe verplicht.¹⁴⁹² Voor de externe toetsing wordt voor de transplantatiecentra en de functies “lokale donorcoördinatie” samen één College van geneesheren bij de FOD Volksgezondheid opgericht.¹⁴⁹³

Afdeling 3. Voorstel tot verfijning (*bis*)

321. Uit de voorgaande analyse blijkt dat de inrichting van de orgaantransplantatiesector qua betrokken actoren in het algemeen goed aansluit bij de doelstellingen van het orgaantransplantatiebeleid.¹⁴⁹⁴ Enerzijds bevordert deze inrichting immers de orgaankwaliteit, met name dankzij een specifiek ziekenhuis- en artsenmonopolie en allerlei andere kwaliteitsgerichte erkenningsnormen. Anderzijds bevordert ze ook de orgaankwantiteit, met name via de oprichting van de functies “lokale donorcoördinatie” (*cf.* het ‘Spaanse model’) en de internationale samenwerking via Eurotransplant. Niettemin is op beide fronten m.i. enige juridische verfijning wenselijk.

¹⁴⁸⁸ Art. 16, laatste lid Orgaantransplantatiewet.

¹⁴⁸⁹ Art. 10/19, § 3, lid 1, 3° KB Transplantatiecentra; art. 19, § 3, lid 1, 3° KB Donorcoördinatie. De registers en de jaarverslagen moet geanonimiseerd zijn.

¹⁴⁹⁰ BS 25 maart 1999. Hiervoor moet onder meer voor elke patiënt een medisch dossier worden aangelegd (art. 20 Ziekenhuiswet).

¹⁴⁹¹ Art. 10/26 KB Transplantatiecentra. De nood aan interne en externe kwaliteitsverbeteringsprogramma’s werd ook erkend in o.a.: Recommendation Rec(2006)16 of 8 November 2006 of the Committee of Ministers to member states on quality improvement programmes for organ donation, <http://www.coe.int>; Mededeling van de Commissie - Actieplan inzake orgaandonatie en transplantatie (2009-2015), COM(2008)819, <http://eur-lex.europa.eu>, 4 en 9 (prioritaire actie 2); considerans 9 en art. 17, lid 2, b Richtlijn 2010/53/EU; R. MATESANZ *et al.*, *o.c.*, *Transpl. Int.* 2011, (333) 335 (over het Spaanse model); advies van de Nationale Raad voor ziekenhuisvoorzieningen van 10 mei 2012 m.b.t. orgaanwegname en orgaantransplantatie, <http://www.health.belgium.be>, 3. Dergelijke kwaliteitstoetsing kan leiden tot schade(claims)preventie. Zie: S. LIERMAN, *Voorzorg, preventie en aansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 227-229.

¹⁴⁹² Art. 21 KB Donorcoördinatie; art. 49 KB Cardiale Pathologie; art. 1, 2° KB Kwaliteitstoetsing.

¹⁴⁹³ Art. 5, § 4 KB Kwaliteitstoetsing. Dergelijk College heeft onder meer als taak in consensus de kwaliteitsindicatoren en toetsingscriteria voor de betrokken dienst en functie op te stellen (art. 8, 1°).

¹⁴⁹⁴ Zoals gezegd, zijn deze doelstellingen de verhoging van de orgaankwantiteit en van de orgaankwaliteit. Zie *supra* Deel II, Hoofdstuk I.

Op het vlak van orgaankwaliteit kan in het algemeen gedacht worden aan een concretere uitwerking van de verplichting uit artikel 4, lid 3 en artikel 12 Richtlijn 2010/53/EU met betrekking tot de opleidings- en bekwaamheidsvereisten van het betrokken personeel.¹⁴⁹⁵ Ten aanzien van de transplantatiecentra is het wenselijk om te verduidelijken wanneer een geval ‘uitzonderlijk’ genoeg is opdat de transplantatie met organen van overleden donoren buiten een erkend transplantatiecentrum mag plaatsvinden.¹⁴⁹⁶ Bovendien lijkt het overdreven om te vereisen dat het wegnemingsteam van het transplantatiecentrum werkelijk ieder orgaan moet kunnen wegnemen.¹⁴⁹⁷ Evenzo is het overdreven om de karakterisering aan een artsenmonopolie te koppelen: het zou volstaan om te bepalen dat deze karakterisering ‘onder leiding van’ een arts gebeurt.¹⁴⁹⁸ Specifiek ten aanzien van de centra voor chronische nierinsufficiëntie moet dan weer verduidelijkt worden dat niertransplantatie niet door deze centra, maar slechts door erkende transplantatiecentra kan worden uitgevoerd.¹⁴⁹⁹ Ten slotte lijkt ook een herevaluatie van de nieuwe verplichte samenstelling van de interne transplantatieraden en vooral van de meerwaarde van de samenwerkingsverbanden “wegneming en transplantatie van organen” nuttig.¹⁵⁰⁰

In het belang van orgaankwantiteit moet allereerst het impliciet verbod op orgaanwegneming in militaire ziekenhuizen worden weggewerkt.¹⁵⁰¹ Daarnaast moet de mogelijkheid tot orgaanwegneming losgekoppeld worden van de aanwezigheid van een functie “lokale donorcoördinatie” in het betreffende donorziekenhuis en moet in de plaats deze aanwezigheid veeleer als een erkenningsvoorwaarde voor ziekenhuizen worden geformuleerd.¹⁵⁰² Tegelijk moet verduidelijkt worden dat de wegneming ook kan worden uitgevoerd door een transplantatiecentrum dat geen samenwerkingsakkoord met de functie “lokale donorcoördinatie” heeft.¹⁵⁰³

¹⁴⁹⁵ Zie *supra* Afd. 1, § 1 van dit Hoofdstuk.

¹⁴⁹⁶ Zie *supra* Afd. 1, § 2, A van dit Hoofdstuk.

¹⁴⁹⁷ Zie *supra* Afd. 1, § 2, B.2.a. van dit Hoofdstuk.

¹⁴⁹⁸ Zie *supra* Afd. 1, § 2, B.3.b. van dit Hoofdstuk.

¹⁴⁹⁹ Zie *supra* Afd. 1, § 4, B.2. van dit Hoofdstuk.

¹⁵⁰⁰ Zie *supra* Afd. 2, § 3 en 5 van dit Hoofdstuk.

¹⁵⁰¹ Zie *supra* Afd. 1, § 2, A van dit Hoofdstuk.

¹⁵⁰² Zie *supra* Afd. 1, § 3, B.3.a. van dit Hoofdstuk.

¹⁵⁰³ Zie *supra* Afd. 1, § 3, B.3.b. van dit Hoofdstuk.

DEEL IV. DE LEVENDE DONOR

322. In dit deel staat de verhouding tussen de zorgverlener en de levende donor centraal. Eerst wordt kennisgemaakt met de verschillende types van levende donoren (hoofdstuk I). Daarna wordt gezocht naar de algemene juridische grondslagen voor orgaanwegname bij levende personen (hoofdstuk II). Op basis hiervan zal vervolgens dieper worden ingegaan op de twee belangrijkste voorwaarden: toestemming (hoofdstuk III) en evenredigheid (hoofdstuk IV). Tot slot wordt nog stilgestaan bij het bijzondere geval van minderjarige en geestesgestoorde levende donoren (hoofdstuk V).

Hoofdstuk I. Typologie

Afdeling 1. Directe transplantatie

323. De transplantatie van een orgaan van één donor naar één ontvanger is de meest voor de hand liggende vorm van transplantatie met een levende donor. Men spreekt wel eens van een ‘directe’ transplantatie.¹⁵⁰⁴ Doorgaans gaat het dan ook om één orgaan. Zelden werd door één donor twee organen afgestaan, simultaan of met een tussenperiode van dagen, weken, maanden of jaren (*dual-organ donation*).¹⁵⁰⁵ Dergelijke dubbele transplantatie lijkt echter nog niet in België te zijn voorgekomen.

324. De soorten organen afkomstig van een levende donor zijn in de praktijk vooralsnog beperkter dan die afkomstig van een overleden donor. In België betreft orgaantransplantatie met een levende donor meestal één van de twee nieren. In 2012 waren er 57 levende nierdonoren.¹⁵⁰⁶ Op de tweede plaats komen de donaties van een segment van de lever (32 levende donoren in 2012).¹⁵⁰⁷ Vervolgens kan soms ook het hart tijdens het leven worden afgestaan, wanneer de donor zelf een nieuw hart ontvangt.¹⁵⁰⁸ Een longkwab, een pancreassegment¹⁵⁰⁹ of een deel van een dunne darm kunnen eveneens getransplanteerd worden met een levende donor.¹⁵¹⁰ Deze orgaanwegnames lijken echter nog niet in België voor te komen.¹⁵¹¹ Transplantatie van samengestelde weefsels gebeurt ten slotte doorgaans enkel met

¹⁵⁰⁴ L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe: possibilities of harmonisation*, Heidelberg, Springer, 2013, 100.

¹⁵⁰⁵ L.F. PACHECO-MOREIRA *et al.*, “One Living Donor and Two Donations: Sequential Kidney and Liver Donation With 20-Years Interval”, *Transpl. Proc.* 2005, vol. 37, 4337-4338; R.W.G. GRUENESSNER, “Dual-organ donation” in R.W.G. GRUENESSNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, New York, McGraw-Hill Medical, 2008, 723-724; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, 225. Het gaat bv. over de combinatie van nier en deel van de lever of nier en pancreassegment.

¹⁵⁰⁶ Statistics report library, Transplants (living donor) in Belgium, by year, by organ, by donor-recipient relationship, <http://www.eurotransplant.org>.

¹⁵⁰⁷ Statistics report library, Transplants (living donor) in Belgium, by year, by organ, by donor-recipient relationship, <http://www.eurotransplant.org>.

¹⁵⁰⁸ Zie *infra* Afd. 2 van dit Hoofdstuk over dominotransplantatie.

¹⁵⁰⁹ Transplantatie van een pancreassegment afkomstig van een levende donor mag niet worden verward met transplantatie van pancreaseilandjes geïsoleerd uit de pancreas afkomstig van een levende persoon. Dit laatste kan het geval zijn wanneer bv. de pancreas van een patiënt om therapeutische redenen moest worden verwijderd, maar deze nog wel geschikt is voor de isolatie van eilandjes. Zie: D.W.R. GRAY, “Pancreatic islet and fetal pancreas transplantation” in P.J. MORRIS en W.C. WOOD (eds.), *Oxford Textbook of Surgery. Vol. 1*, Oxford, Oxford University Press, 2000 (2^{de} ed.), (737) 740. Zoals *supra* in Deel II, Hoofdstuk III, Afd. 1, § 2, C.4. besproken, is de Orgaantransplantatiewet hier in principe niet op van toepassing.

¹⁵¹⁰ M. ABECASSIS *et al.*, “Consensus Statement on the Live Organ Donor”, *JAMA* 2000, vol. 284, (2919) 2919 (Verenigde Staten). Zie voor een overzicht: D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 222-224.

¹⁵¹¹ In de rest van Europa werden longkwab-, dunne darm- en pancreassegmenttransplantatie met een levende donor maar zelden uitgevoerd: A. LENNERLING *et al.*, “Living organ donation practices in Europe – results from an online survey”, *Transplant Int.* 2013, vol. 26, (145) 146.

overleden donoren.¹⁵¹² In het buitenland werden levende donoren al wel gebruikt voor een baarmoedertransplantatie¹⁵¹³ en een gevasculariseerde peestransplantatie¹⁵¹⁴.

325. De band tussen donor en ontvanger kan verschillende vormen aannemen. Binnen Eurotransplant en dus ook in België maakt men doorgaans het onderscheid tussen gerelateerde (*related*) en niet-gerelateerde (*unrelated*) levende donoren. Onder gerelateerde donoren verstaat men de donaties aan (groot-)ouders, (klein-)kinderen, broers en zussen, neven en nichten, ooms en tantes, enz. De niet-gerelateerde donoren betreffen dan de donaties aan partners, schoonfamilie, vrienden, overige kennissen of zelfs onbekenden.¹⁵¹⁵ Het onderscheidcriterium is dus het bestaan van een genetische band of bloedband.¹⁵¹⁶ De term ‘gerelateerd’ is dan ook onvoldoende specifiek. Het is beter om telkens te spreken van *genetisch* (niet-)gerelateerde donoren.¹⁵¹⁷ De meeste levende donoren zijn genetisch gerelateerde donoren (58 van de 89 in 2012).¹⁵¹⁸ In 2012 ging het meestal om ouders, dan wel om broers of zussen.¹⁵¹⁹

Vroeger was genetisch verwantschap van groot belang voor een goede compatibiliteit. De MHC-antigenen, die van belang zijn voor weefselcompatibiliteit, zijn immers erfelijk.¹⁵²⁰ Thans is een genetische band dankzij de verbeterde immuunsuppressie niet meer noodzakelijk om tot goede resultaten te kunnen leiden.¹⁵²¹ Het mag dus niet verbazen dat er ook steeds meer genetisch niet-gerelateerde donaties plaatsvinden (10 van de 59 in 2005 tegenover 31 van de 89 in 2012).¹⁵²² Het ging dan vooral om nierdonaties tussen partners (27 van de 31 in 2012).¹⁵²³ Meteen kan hierbij worden gezegd dat de term ‘niet-gerelateerde donor’ misleidend is. Het ontbreken van een genetische band sluit het bestaan van een andere band, meer bepaald van een emotionele of affectieve band niet uit. Deze zal doorgaans aanwezig zijn tussen partners, maar ook tussen schoonfamilie en vrienden (bv. schoolmakers, collega’s,...)¹⁵²⁴. Het is juister om dan in positieve zin te spreken van emotioneel gerelateerde donoren.¹⁵²⁵ Uiteraard zullen genetisch gerelateerde donoren vaak ook een emotionele band hebben met de ontvanger.

¹⁵¹² L.C. CENDALES, A. RAHMEI en T.L. PRUETT, “Allocation of Vascularized Composite Allografts: What Is It?”, *Transplantation* 2012, vol. 93, (1086) 1086.

¹⁵¹³ A. CAPLAN *et al.*, “Moving the womb”, *Hastings Center Report* 2007, vol. 37, (18) 19.

¹⁵¹⁴ J.H. BARKER *et al.*, “Composite Tissue Allotransplantation”, *Transplantation* 2002, vol. 73, (832) 834.

¹⁵¹⁵ Zie bv. Eurotransplant Annual Report 2012, www.eurotransplant.org, 80-81 en 116-117; *Vr. en Antw.* Kamer 2010-11, 7 maart 2011, p. 28 (Vr. nr. 301 C. FONCK).

¹⁵¹⁶ B. VAN HAELEWIJCK, *Don d'organes. Don de tissus*, Brussel, Kluwer, 2002, 37; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 315; T. MARTENS en K. VANDEWOUDE, “Ethische aspecten van levende orgaandonatie”, *T. Gen.* 2009, afl. 65, nr. 8, (350) 350.

¹⁵¹⁷ F.J.M.F. DOR *et al.*, “New Classification of ELPAT for Living Organ Donation”, *Transplantation* 2011, vol. 91, (935) 936. Zie bv. Human Tissue Authority Code of practice 2: donation of solid organs for transplantation (2014), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, nr. 29.

¹⁵¹⁸ Statistics Report Library, Donors used in Belgium, by year, by donor type, www.eurotransplant.org; “Vijftig niertransplantaties van levende donoren per jaar”, *De Standaard*, 12 december 2010.

¹⁵¹⁹ Eurotransplant Annual Report 2012, www.eurotransplant.org, 82 en 118.

¹⁵²⁰ V. MARSHALL *et al.*, “Organ and tissue preservation for transplantation” in P.J. MORRIS en W.C. WOOD (eds.), *Oxford Textbook of Surgery. Vol. 1*, Oxford, Oxford University Press, 2000 (2^{de} ed.), (645) 645.

¹⁵²¹ L.F. ROSS *et al.*, “Should all living donors be treated equally?”, *Transplantation* 2002, vol. 74, (418) 419; Considerans 23 Richtlijn 2010/53/EU; M. ABECASSIS *et al.*, o.c., *JAMA* 2000, (2919) 2923; E.S. WOODLE, “A History of Living Donor Transplantation: From Twins to Trades”, *Transpl. Proc.* 2003, vol. 35, (901) 902; GEZONDHEIDSRaad, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, Den Haag, Gezondheidsraad, 2003, nr. 2003/1, 82-84; Resolution CM/Res(2008)6 on transplantation of kidneys from living donors who are not genetically related to the recipient, www.edqm.eu.

¹⁵²² Statistics Report Library, Donors used in Belgium, by year, by donor type, www.eurotransplant.org.

¹⁵²³ Eurotransplant Annual Report 2012, www.eurotransplant.org, 82.

¹⁵²⁴ P.S. RAO en A. OJO, “The Alphabet Soup of Kidney Transplantation: SCD, DCD, ECD – Fundamentals for the Practicing Nephrologist”, *Clin. J. Am. Soc. Nephrol.* 2009, (1827) 1830.

¹⁵²⁵ Zie: Tw. “Living Donor” in WHO Global Glossary of Terms and Definitions on Donation and Transplantation, November 2009, Geneve, <http://www.who.int>; T. MARTENS en K. VANDEWOUDE, o.c., *T. Gen.* 2009, (350) 350; F.J.M.F. DOR *et al.*, o.c., *Transplantation* 2011, (935) 936; Human Tissue Authority Code of practice 2: donation of solid organs for transplantation (2014), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, nr. 29.

Slechts uitzonderlijk ontbreekt er een genetische én emotionele band.¹⁵²⁶ Men kan dan spreken van (geheel) niet-gerelateerde levende donoren.¹⁵²⁷

Afdeling 2. Dominotransplantatie

326. Daarnaast kan het ook gaan om een *dominotransplantatie*. Dit is de transplantatie van een orgaan waarbij het te vervangen orgaan getransplanteerd wordt in een andere, tweede ontvanger.¹⁵²⁸ Door de transplantatie kan de ontvanger dus tegelijk donor zijn ten voordele van een andere ontvanger. De dominotransplantatie is afhankelijk van de eerste transplantatie en vormt er als het ware het bijproduct van.

Dominotransplantatie kan bv. plaatsvinden via een patiënt met familiale amyloid polyneuropathie (FAP). Dit is een genetische ziekte die op lange termijn dodelijk is, enkel kan worden behandeld via levertransplantatie, maar die de te vervangen lever anatomisch en functioneel intact laat. De lever van de FAP-patiënt kan dus doorgegeven worden aan een andere leverpatiënt.¹⁵²⁹ FAP is echter zeldzaam; dergelijke dominotransplantatie dus ook.¹⁵³⁰ Een andere mogelijkheid voor dominolevertransplantatie bestaat wanneer een nierontvanger tegelijk een leversegment van de donor krijgt met het oog op het verminderen van de afstotingsreacties tegen de donornier (*auxiliary liver transplant*). Het vervangen leversegment van de ontvanger kan dan doorgegeven worden aan een andere ontvanger, m.n. een kind.¹⁵³¹ Dominolevertransplantaties zijn al verschillende malen in België uitgevoerd.¹⁵³²

Een ander voorbeeld van dominotransplantatie betreft bepaalde hart-longtransplantaties. Het is mogelijk dat bij longtransplantatie het hart van de (overleden) donor eveneens *en bloc* wordt getransplanteerd in de ontvanger (bv. bij een mucoviscidosepatiënt) omwille van veiligheidsredenen. Het geëxplanteerde hart van deze ontvanger kan dan nog in goede staat zijn en getransplanteerd worden in een tweede ontvanger.¹⁵³³ De hart-longtransplantatie zou echter ondertussen in onbruik zijn geraakt wegens de zeer goede resultaten met enkel- of dubbelzijdige longtransplantatie.¹⁵³⁴ In België werd voorlopig nog maar één harttransplantatie op deze manier uitgevoerd, namelijk in 2004.¹⁵³⁵

¹⁵²⁶ Vr. en Antw. Kamer 2010-11, 7 maart 2011, p. 28 (Vr. nr. 301 C. FONCK).

¹⁵²⁷ Vaak wordt echter gesproken van 'altruïstische donoren'. Zie kritisch: F.J.M.F. DOR *et al.*, o.c., *Transplantation* 2011, (935) 937. Deze term is vanuit juridisch oogpunt echter onvoldoende accuraat want ook verwante donoren worden geacht altruïstisch te handelen.

¹⁵²⁸ A.A.F. JOCHEMS en F.W.M.G. JOOSTEN, *Coëtho Zakwoordenboek der Geneeskunde*, Doetinchem, Elsevier, 2009, 231.

¹⁵²⁹ G. TINCANI *et al.*, "Operative Risks of Domino Liver Transplantation for the Familial Amyloid Polyneuropathy Liver Donor and Recipient: a Double Analysis", *Am. J. Transpl.* 2011, vol. 11, 759-766; F. NUNES *et al.*, "Domino Liver Transplant: Influence on the Number of Donors and Transplant Coordination", *Transpl. Proc.* 2004, vol. 36, 916-917.

¹⁵³⁰ INSERM, *Transplantation d'organes – Quelles voies de recherche?*, Parijs, Les éditions Inserm, 2009, 313.

¹⁵³¹ M. OLAUSSON, "Auxiliary Liver Transplants for Highly Sensitized Kidney Recipients" in R.W.G. GRUESSNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, New York, McGraw-Hill Medical, 2008, (359) 361-362.

¹⁵³² Maar voorlopig nooit meer dan 3 per jaar en sommige jaren zelfs geen enkele: Statistics report library, Transplants (living donor) in Belgium, by year, by organ, by donor-recipient relationship, <http://www.eurotransplant.org>.

¹⁵³³ G.M. RAFFA *et al.*, "Domino Heart Transplantation: Long-Term Outcome of Recipients and Their Living Donors: Single Center Experience", *Transplantation Proceedings* 2010, 42, 3688-3693; B. VAN HAELEWIJCK, *Don d'organes. Don de tissu*, 2002, 19. Indien het hart van de dominodonor enkel zou gebruikt worden om de hartkleppen i.p.v. het volledige hart te transplanteren, dan gaat het niet meer over een orgaantransplantatie en blijft de Orgaantransplantatiewet buiten toepassing. Zie *supra* Deel II, Hoofdstuk III, Afd. 1, § 2, C.2. en C.4.

¹⁵³⁴ GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 184; G.M. RAFFA *et al.*, o.c., *Transplantation Proceedings* 2010, 42, (3688) 3693.

¹⁵³⁵ Statistics Report Library, Heart transplants (living donor), by year, by country, by donor-recipient relationship, www.eurotransplant.org.

Afdeling 3. Gepaarde transplantatie

327. Ten slotte zijn er ook verschillende vormen van ‘gepaarde’ transplantatie. In haar meest eenvoudige vorm wordt gesproken van de *cross-over* donatie/transplantatie. Alternatieve benamingen zijn o.a. kruisdonatie, gepaarde uitwisseling (*paired exchange*) of donorruil (*donor swapping*).¹⁵³⁶ Het is de donatie door levende donoren, die toestemmen en gezond zijn, maar om compatibiliteitsredenen (vaak ABO-incompatibiliteit, maar soms ook HLA-immunisering) niet kunnen doneren aan de gewenste ontvanger. Zij worden daarom gekoppeld aan een ander paar met hetzelfde probleem, zodat er wel een *match* mogelijk wordt.¹⁵³⁷ De donor uit paar A doneert m.a.w. aan de ontvanger uit paar B en de donor uit paar B doneert tegelijk aan de ontvanger uit paar A. In Nederland was men al in 2003 begonnen met *cross-over* donaties en kent men er nu een uitgebreid *cross-over* programma.¹⁵³⁸ In België bestaat al enkele jaren een *cross-over* programma met alle Belgische niertransplantatiecentra, maar heeft men pas in 2013 voor het eerst een *cross-over* transplantatie kunnen uitvoeren.¹⁵³⁹ Buiten Europa zijn er ook al enkele centra die de *cross-over* met levers uitvoeren.¹⁵⁴⁰

Een bijzonder geval is de ‘ongebalanceerde’ *cross-over* transplantatie. Hierbij gaat het nog steeds om twee paren, maar bestaat het incompatibiliteitsprobleem slechts bij één paar. Binnen het andere paar zou in principe dus wel gedoneerd kunnen worden.¹⁵⁴¹ Waarom dan de idee om het compatibele paar alsnog te betrekken in een *cross-over* programma? De reden hiervoor is dat men (in Europa althans) een tekort heeft aan donoren met bloedgroep O en een surplus aan ontvangers met bloedgroep O. Vele koppels bestaan dus uit een non-O-donor (m.a.w. bloedgroep A, B of AB) en een O-ontvanger. Aangezien bloedgroep O enkel kan ontvangen van bloedgroep O, bestaat er dus incompatibiliteit. Koppels met een O-donor en een non-O-ontvanger zullen daarentegen wel compatibel zijn, aangezien bloedgroep O aan alle andere bloedgroepen kan doneren (‘universele donor’). Aangezien de ontvanger van het compatibele koppel niet noodzakelijk een O-donor nodig heeft, zal men de schaarse O-donor bijgevolg optimaal wil benutten door hem aan een O-ontvanger te koppelen, ook al bevindt deze zich in een ander koppel.¹⁵⁴²

Het betreft voor alle duidelijkheid een procedure waarin minstens vier personen (twee donoren en twee ontvangers) betrokken zijn. Wanneer er meerdere paren aan elkaar gekoppeld worden, wordt wel gesproken van een *pooled donation* of *cascade exchange*.¹⁵⁴³ Zo kan bv. in

¹⁵³⁶ GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 125-126; G. THIEL *et al.*, “Crossover Renal Transplantation: Hurdles to Be Cleared!”, *Transpl. Proc.* 2001, vol. 33, (811) 811; Sec. 12(5) Human Tissue Act 2004 (Persons who Lack Capacity to Consent and Transplants) Regulations 2006.

¹⁵³⁷ A.A.F. JOCHEMS en F.W.M.G. JOOSTEN, *Coëlho*, 2009, 914.

¹⁵³⁸ M. DE KLERK *et al.*, “Gepaarde donorruil; nieuw landelijk programma voor nierdonatie bij leven”, *Ned. T. Gen.* 2004, (420) 420; M. DE JAEGER, “Levende donatie”, *Orpadt forum* 2005, jaargang 5, nr. 1, 4, die meteen wijst op de problematische aard van dergelijk programma.

¹⁵³⁹ R. I. TROISI en J.-L. BOSMANS, “Organ Donation in Belgium 2010: An Increase of Combined Organ Transplants and Living Donor Liver Transplants”, *Transpl. Proc.* 2011, vol. 43, (3439) 3440; “Koppels wisselen nieren uit”, *De Morgen* 16 april 2013, 2; Brochure UZ Leuven, “Kandidaat levende donor van een nier”, www.uzleuven.be, 12.

¹⁵⁴⁰ D.L. SEGEV en R.A. MONTGOMERY, “The Application of Paired Donation to Live Donor Liver Transplantation”, *Liver Transplantation* 2010, vol. 16, (423) 423.

¹⁵⁴¹ S.E. GENTRY *et al.*, “Expanding Kidney Paired Donation Through Participation by Compatible Pairs”, *Am. J. Transpl.* 2007, 2361-2370; L.F. ROSS, “The Ethics of Kidney Paired Exchanges and Thematic Variations” in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ transplantation*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2008, (183) 185.

¹⁵⁴² GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 131-132; B.K. AHN *et al.*, “The Role of the Altruistic Unbalanced Chain in Exchange Living Donor Renal Transplantation: Single-Center Experience”, *Transpl. Proc.* 2012, vol. 44, (17) 19.

¹⁵⁴³ A. CRONIN, “Making the margins mainstream: strategies to maximise the donor pool” in A.-M. FARRELL, D. PRICE en M. QUIGLEY (eds.), *Organ shortage*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, (104) 112; Sec. 12(5) Human Tissue Act 2004 (Persons who Lack Capacity to Consent and Transplants) Regulations 2006; L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 186.

geval van drie paren (A, B en C) donor A aan ontvanger B geven, donor B aan ontvanger C en donor C aan ontvanger A.¹⁵⁴⁴

328. Een andere vorm van gepaarde transplantatie betreft de domino-gepaarde donorruij of de *nonsimultaneous extended altruistic donor chain* (ook *NEAD exchange* genoemd). Hierbij wordt een ketting van verschillende gepaarde transplantaties gestart door een anonieme donor die niet tot een van de paren behoort. Deze donor doneert aan de ontvanger van het eerste donor-ontvanger paar. De donor van dit paar doneert vervolgens aan de ontvanger van een tweede donor-ontvanger paar, enzovoort. De ketting kan open gehouden worden. De laatste donor vormt dan een *bridge donor*,¹⁵⁴⁵ waarmee men de ketting op een later ogenblik kan verderzetten. De ketting kan ook afgesloten worden door de donor van het laatste paar te laten doneren aan een ontvanger op de wachtlijst, die geen levende donor ter beschikking heeft.¹⁵⁴⁶ Dergelijke gepaarde kettingruil blijkt nog niet in België voor te komen, maar zou in de toekomst mogelijk wel uit het bestaande *cross-over* programma kunnen voortvloeien.

329. Een laatste type van gepaarde transplantatie betreft de *list-paired exchange*, ook wel *living donor list exchange*, indirecte donorruij of gewoonweg ‘ruilen met de wachtlijst’ genoemd. Hierbij staat de levende donor van een incompatibel donor-ontvanger paar zijn orgaan af aan een kandidaat-ontvanger op de wachtlijst voor organen van overleden donoren. In ruil krijgt de ontvanger van het incompatibele donor-ontvanger paar een hogere of zelfs prioritaire plaats op de wachtlijst.¹⁵⁴⁷ Er wordt m.a.w. geruild met de pool van overleden donoren. Dergelijke *list-paired exchange* werd reeds uitgevoerd in de Verenigde Staten.¹⁵⁴⁸ In België komt dit (nog) niet voor. Aan dit type donatie zal vooral bij de bespreking van orgaanallocatie bijzondere aandacht moeten worden besteed.¹⁵⁴⁹

De *list paired-exchange* zou desgevallend ook geïncorporeerd kunnen worden in een kettingruil. Zo kan de donor van koppel A doneren aan de ontvanger van koppel B. De ontvanger van koppel A krijgt in ruil prioriteit op de wachtlijst. De donor van koppel B doneert vervolgens aan de ontvanger van koppel C enzovoort. De laatste donor doneert ten slotte aan de wachtlijst.¹⁵⁵⁰

¹⁵⁴⁴ In de VS zou er zelfs al een *cross-over* met 13 koppels hebben plaatsgevonden. Zie: F. BILGEL, *The law and economics of organ procurement*, Cambridge, Intersentia, 2011, 85.

¹⁵⁴⁵ Volgens OPTN Policy 1.2., www.optn.transplant.hrsa.gov is dit meer bepaald de donor voor wie geen match gevonden is bij dezelfde *match run* (d.i. de berekening waarmee een lijst van mogelijke kandidaten voor paarsgewijze uitwisseling gegenereerd wordt) als de ontvanger van zijn paar.

¹⁵⁴⁶ R.A. MONTGOMERY *et al.*, “Domino paired kidney donation: a strategy to make best use of live non-directed donation”, *The Lancet* 2006, vol. 368, (419) 419; M.A. REES *et al.*, “A Nonsimultaneous, Extended, Altruistic-Donor Chain”, *N. Engl. J. Med.* 2009, vol. 360, (1096) 1096-1097, waar een ketting van 10 niertransplantaties, uitgevoerd binnen 1 jaar, werd gerapporteerd; A. CHKHOTUA, “Paired Kidney Donation: Outcomes, Limitations, and Future Perspectives”, *Transpl. Proc.* 2012, (1790) 1790; M.L. MELCHER *et al.*, “Dynamic Challenges Inhibiting Optimal Adoption of Kidney Paired Donation: Findings of a Consensus Conference”, *Am. J. Transpl.* 2013, vol. 13, (851) 855. De term ‘domino-gepaarde donorruij’ wordt soms voorbehouden voor de simultane kettingdonatie, in tegenstelling tot de NEAD exchange (A. SHARIF, “Unspecified Kidney Donation – A Review of Principles, Practice and Potential”, *Transplantation* 2013, vol. 95, (1425) 1425).

¹⁵⁴⁷ M.M. ABECASSIS *et al.*, *o.c.*, *JAMA* 2000, (2919) 2923; GEZONDHEIDSRAAD, *Ruilen met de wachtlijst: een aanvulling op het programma voor nierdonatie-bij-leven?*, Den Haag, Gezondheidsraad, 2007, nr. 2007/11; H.J.J. LEENEN, J.C.J. DUTE, J. LEGEMAATE *et al.*, *Handboek gezondheidsrecht*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014 (6^{de} ed.), 265. Zie ook: L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 189 en 195, die een onderscheid maakt tussen *list paired exchange* en *pool donation*. Het is m.i. echter niet duidelijk welk wezenlijk onderscheid deze auteur tussen deze twee vormen maakt.

¹⁵⁴⁸ GEZONDHEIDSRAAD, *Ruilen met de wachtlijst*, 2007, nr. 2007/11, 31.

¹⁵⁴⁹ Zie *infra* Deel VI, Hoofdstuk I, Afd. 3, § 4.

¹⁵⁵⁰ A.E. ROTH *et al.*, “Utilizing List Exchange and Nondirected Donation through ‘Chain’ Paired Kidney Donations”, *Am. J. Transpl.* 2006, vol. 6, (2694) 2695.

Hoofdstuk II. Grondslagen voor de toelaatbaarheid van orgaanwegneming bij leven

Afdeling 1. Probleemstelling

330. In België hebben overleden donors altijd veruit de grootste bron van transplanteerbare organen uitgemaakt. Ter illustratie: in 2012 vonden er in België 925 transplantaties met overleden donoren plaats tegenover 89 transplantaties met levende donoren.¹⁵⁵¹ Het beperkt gebruik van levende donoren in België strookt met de oorspronkelijke filosofie van de wetgever. Men wenste immers met de Orgaantransplantatiewet een *restrictieve houding* ten aanzien van levende donoren aan te nemen en enkel de orgaanwegneming na overlijden te vergemakkelijken.¹⁵⁵² Bij de totstandkoming van de Orgaantransplantatiewet wou de toenmalige staatssecretaris zelfs overwegen om het hoofdstuk over levende donoren te schrappen.¹⁵⁵³ In het raam van de Raad van Europa werd destijds eveneens een restrictieve houding aangenomen. Zo werd aangenomen dat het gebruik van levende donoren beperkt moest worden en zo mogelijk geleidelijk moest worden afgebouwd.¹⁵⁵⁴ Eenzelfde tendens was ook terug te vinden in buurlanden Nederland en Frankrijk.¹⁵⁵⁵

De reden voor dergelijke terughoudendheid lag voor de hand. Orgaandonatie door een levende persoon impliceert de aantasting van de fysieke integriteit van deze persoon. Om een orgaan uit het menselijk lichaam te verwijderen, zijn een incisie in het lichaam en een losmaking van het orgaan met de verbonden weefsels vereist. Op het eerste gezicht heeft levende donatie dus enkel een gezondheidsnadeel voor de donor, wat pleit voor een aangepaste *bescherming* van deze donor.¹⁵⁵⁶ Voor de arts is er ten aanzien van de donor sprake van “*un véritable renversement de son rôle habituel qui est de soigner et de guérir.*”¹⁵⁵⁷ Een arts moet zich normaal houden aan het ethisch principe van *non-maleficence* (het adagium *primum non nocere*), wat betekent dat hij niemand fysiek mag schaden. Dit principe wordt bij orgaanwegneming bij leven echter *prima facie* geschonden.¹⁵⁵⁸

¹⁵⁵¹ Statistics report library, Transplants in Belgium, by year, by donor type, by organ combination, <http://www.eurotransplant.org>. Zie ook: Advies nr. 11 van 20 december 1999 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek i.v.m. het wegnemen van organen en weefsels bij gezonde levende personen, met het oog op transplantatie, www.health.belgium.be, 2, waar werd vastgesteld dat het gebruik van levende donoren het hoogst lag in pediatrie centra en dat de meeste levende donaties plaatsvonden in 2 centra, wat zou wijzen op onderling verschillende houdingen t.a.v. deze problematiek. Ook in de meerderheid van de rest van de Europese landen is het aantal overleden donoren groter dan levende donoren: A. LENNERLING *et al.*, “*o.c.*”, *Transplant Int.* 2013, (145) 147.

¹⁵⁵² Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 832-1, 2 (waar enkel wordt gesproken over het scheppen van een gunstig klimaat voor donatie na overlijden); Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220/9, 28 en 45; Verslag HANQUET, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 832/2, 12 en 14; *Hand.* Kamer 1985-86, 3 juni 1986, 1206.

¹⁵⁵³ Verslag HANQUET, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 832-2, 4.

¹⁵⁵⁴ Appendix II, 3rd Conference of European Health Ministers, Organ Transplantation, Paris 16-17 November 1987, *VI. T. Gez.* 1987-88, (284) 286, nr. 6.

¹⁵⁵⁵ Nederland: Memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, 22.358, nr. 3, 10; J.E.M. AKVELD, “Het Voorstel van wet op de Orgaandonatie gewogen”, *TvGR* 1992, (62) 65. Frankrijk: Rapport M.J. LEONETTI, n° 3111, 26 januari 2011, *Projet de loi relatif à la bioéthique*, <http://www.assemblee-nationale.fr>, 22 en 284-285 en 291; J.-R. BINET, *Droit Médical*, Parijs, Montchrestien, 2010, 174-175.

¹⁵⁵⁶ Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220-9, 3; *Vr. en Antw.* Kamer 2010-11, 7 maart 2011, 28 (Vr. nr. 301 C. FONCK); A.-M. FARRELL, “Adding Value? EU Governance of Organ Donation and Transplantation”, *EJHL* 2010, (51) 59.

¹⁵⁵⁷ L. BOSMAN en M.L. LEROY-SWAANS, “Implications juridiques et morales des prélèvements et greffes d’organes”, *Rev. Méd. Liège* 1968, (588) 594.

¹⁵⁵⁸ Zie hierover: P. SCHOTSMANS, *Handboek medische ethiek*, Leuven, LannooCampus, 2008, 66-68; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 226 en 253-254; H.-L. SCHREIBER, “Legal Implications of the Principle *Primum Nihil Nocere* As It Applies to Live Donors” in W. LAND en J.B. DOSSETOR (eds.), *Organ Replacement Therapy*, Berlijn/Heidelberg, Springer-Verlag, 1991, (13) 13-14; L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 149; A. CRONIN, *o.c.* in A.-M. FARRELL, D. PRICE en M. QUIGLEY (eds.), *Organ shortage*, 2011, (104) 114 e.v.; A. PASCALEV *et al.*, “Ethical Analysis of the Arguments for and against Living Organ Donation” in F. AMBAGTSHEER en W. WEIMAR (eds.), *The EULOD Project*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2013, (53) 60.

331. In onder andere de Verenigde Staten, Nederland en het Verenigd Koninkrijk is het aantal levende donoren de laatste jaren sterk gestegen. Hier bekleden levende donoren nu een prominente plaats. In Nederland vormen levende donoren zelfs een meer omvangrijke bron van organen dan overleden donoren.¹⁵⁵⁹ Hoewel minder spectaculair, tekent zich ook in België een stijgende trend af. Doorheen het afgelopen decennium werd meer bepaald een duidelijke stijging van het aantal transplantaties met nieren van levende donoren opgemerkt. Terwijl in 2012 er 57 transplantaties met levende nierdonoren werden uitgevoerd, waren dit er in 2005 nog maar 32.¹⁵⁶⁰

De recente stijging van het aantal levende donoren moet in verband worden gebracht met het tekort aan overleden donoren.¹⁵⁶¹ Aangezien deze categorie van donoren geen toereikend orgaanaanbod blijkt te kunnen opleveren, moeten andere of bijkomende oplossingen worden gezocht. Een beroep doen op levende donoren wordt frequent als zo'n oplossing naar voren geschoven.¹⁵⁶² Zo besloot L. Lopp zelfs dat het verbieden of verhinderen van het gebruik van levende donoren het creëren van een artificiële schaarshheid van organen uitmaakt.¹⁵⁶³

332. Verschillende inter- en supranationale instellingen hebben ondertussen het belang van levende donoren als aanvullende bron van organen voor transplantatie erkend. In het raam van de WHO werd via resolutie WHA57.18 aangespoord tot uitbreiding van het gebruik van levende nierdonoren, waar mogelijk.¹⁵⁶⁴ Binnen de Raad van Europa werd eenzelfde standpunt verdedigd.¹⁵⁶⁵ Ook de Europese Unie heeft al meermaals actie ondernomen tot het promoten van levende donoren als aanvulling op overleden donoren. Zo is het bevorderen van de uitwisseling van de beste praktijken inzake programma's van levende donatie één van de prioritaire acties in het Europese Actieplan 2009-2015.¹⁵⁶⁶ Daarnaast werd o.a. het EULOD-

¹⁵⁵⁹ Het gaat vooral om nierdonaties. Enkele cijfers: Verenigde Staten: 5.770 niertransplantaties na levende donatie tegenover 12.140 niertransplantaties na overleden donatie (2011) (Bron: National Data, <http://optn.transplant.hrsa.gov/latestData/>). Zie evenwel over de daling van levende donoren in de VS sinds 2004: J.R. RODRIGUE *et al.*, "The Decline in Living Kidney Donation in the United States: Random Variation or Cause for Concern?", *Transplantation* 2013, vol. 96, 767-773. Nederland: 440 niertransplantaties na levende donatie tegenover 420 niertransplantaties na overleden donatie (2011) (Bron: Eurotransplant Annual Report 2011, <http://www.eurotransplant.org>). Verenigd Koninkrijk: 1.212 levende donoren tegenover 1.097 overleden donoren (2012-13) (Bron: <http://www.organdonation.nhs.uk>).

¹⁵⁶⁰ Zie: Statistics report library, Transplants in Belgium, by year, by donor type, by organ combination, <http://www.eurotransplant.org>. Zie ook: R. I. TROISI en J.-L. BOSMANS, *o.c.*, *Transpl. Proc.* 2011, vol. 43, 3439-3440; "Aantal niertransplantaties met levende donor vervijfvoudigd", *De Standaard* 5 augustus 2013, 7. Het aantal levers van levende donoren is daarentegen veeleer wisselvallig.

¹⁵⁶¹ E.S. WOODLE, *o.c.*, *Transpl. Proc.* 2003, (901) 901; M.A. BOS, "Organ Transplantation – The European Perspective" in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ transplantation*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2008, (17) 21.

¹⁵⁶² Zie o.a.: HOUSE OF LORDS EUROPEAN UNION COMMITTEE, *Increasing the supply of donor organs within the European Union. Vol. I: Report*, 2008, www.publications.parliament.uk, 17-18; M.F. ANDERSON, "The Future of Organ Transplantation: From Where Will New Donors Come, to Whom Will Their Organs Go?", *Health Matrix* 1995, vol. 5, (249) 255, 294 en 310; A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation: Key Legal and Ethical Issues*, Aldershot, Ashgate, 1999, 32, 197 en 206; G.M. ABOUNA, "Organ Shortage Crisis: Problems and Possible Solutions", *Transpl. Proc.* 2008, vol. 40, (34) 36-37; E.S. WOODLE, *o.c.*, *Transpl. Proc.* 2003, (901) 901 en 902; K. LOBAS, "Living Organ Donations: How Can Society Ethically Increase the Supply of Organs?", *Seton Hall Legis. J.* 2005-06, vol. 30, (475) 477; "Organ Donation and Transplantation Policy Options at EU Level. Consultation Document", <http://ec.europa.eu/health>, 11; advies van 12 september 2011, *Jaarboek en Verslagen van de Koninklijke Academie voor Geneeskunde van België* 2011, 73; R. MATESANZ *et al.*, "Spanish experience as a leading country: what kind of measures were taken?", *Transpl. Int.* 2011, (333) 341; M. HELBERT, "Levende donor niertransplantatie in België anno 2012", *Orpadt forum* 2012, jaargang 12, nr. 1, (10) 13; X, "De toekomst" in H.B.M. VAN WEZEL, M. SLOOFF en H. VAN GOOR (eds.), *Orgaandonatie*, Houten, Bohn Stafleu Van Loghum, 1998, (202) 204-205.

¹⁵⁶³ L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 147 en 269.

¹⁵⁶⁴ Resolutie WHA57.18 on Human organ and tissue transplantation, 57th World Health Assembly, 22 mei 2004, <http://www.who.int>, punt I.1.4.

¹⁵⁶⁵ Zie: <http://www.edqm.eu/en/living-donation-1523.html>; Resolution CM/Res(2013)56 on the development and optimisation of live kidney donation programmes, <http://www.coe.int>.

¹⁵⁶⁶ Mededeling van de Commissie - Actieplan inzake orgaandonatie en transplantatie (2009-2015): hechtere samenwerking tussen de lidstaten, COM(2008)819, <http://eur-lex.europa.eu> (prioritaire actie 3). Zie ook over het belang van levende donoren als aanvullende bron van organen: Commission staff working document - Impact Assessment, SEC(2008) 2956, <http://eur-lex.europa.eu>, 27; Resolutie

project van 2010 tot 2012 gefinancierd, dat tot doel had de praktijk rondom levende donoren binnen Europa in kaart te brengen en aanbevelingen te doen om deze te verbeteren.¹⁵⁶⁷ Andere Europese projecten zijn EULID, ELIPSY en LIDOBIS.¹⁵⁶⁸ In Frankrijk en Engeland is men met campagnes gestart om levende nierdonatie aan te moedigen.¹⁵⁶⁹ Dergelijke specifieke bewustmakingscampagne ontbreekt vooralsnog in België.¹⁵⁷⁰ Niettemin is ondertussen in de Belgische politiek wel sterke steun voor de ontwikkeling van programma's voor levende donoren ontstaan.¹⁵⁷¹ Aanvankelijk drukte de minister van Volksgezondheid zich terughoudender uit ten aanzien van *cross-over* transplantatie, gelet op ethische, juridische en logistieke vragen.¹⁵⁷² Maar ook de ontwikkeling van dit type transplantatie werd ondertussen door de minister als een streefdoel genoemd.¹⁵⁷³

De traditionele restrictieve houding ten aanzien van levende donoren komt meer en meer op een helling te staan. Zoveel is duidelijk. De vraag rijst bijgevolg in hoeverre de aantasting van de fysieke integriteit van de donor nog als een bezwaar voor orgaanwegname bij leven moet worden beschouwd. Hoe valt het nadeel voor de levende donor juridisch te verzoenen met het orgaantekort? Om deze vraag te beantwoorden zal in de rest van dit hoofdstuk de juridische bescherming van de fysieke integriteit van de donor en haar omvang nader onderzocht worden.

van het Europees Parlement van 22 april 2008 over orgaandonatie en –transplantatie: beleidsmaatregelen op EU-niveau (2007/2210(INI)), *Pb. C.* 29 oktober 2009, afl. 259; European Parliament resolution of 19 May 2010 in the Commission Communication: Action plan on Organ Donation and Transplantation (2009-2015): Strengthened Cooperation between Member States (2009/2104(INI)), <http://www.europarl.europa.eu>, litt. N en Q. Zie weliswaar kritisch: A.-M. FARRELL, *o.c.*, *EJHL* 2010, (51) 58-59, waar wordt gehekeld dat de EU onvoldoende acht lijkt te slaan op het bestaande debat over het gebruik van levende donoren.

¹⁵⁶⁷ F. AMBAGTSHEER en W. WEIMAR (eds.), *The EUOD Project. Living Organ Donation in Europe. Results and Recommendations*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2013, 7.

¹⁵⁶⁸ Zie: www.eulivingdonor.eu; M. MANYALICH *et al.*, “Project: European Living Donation and Public Health”, *Transpl. Proc.* 2009, 2021-2024.

¹⁵⁶⁹ Frankrijk: zie de campagne “Un Don en Moi pour la greffe rénale à partir de donneur vivant” op www.dondorganes.fr. Engeland: NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS, *Human bodies: donation for medicine and research*, London, Nuffield Council on Bioethics, 2011, 113. Zie ook *pro* dergelijke campagnes: M.A. SANNER *et al.*, “Workshop 3. Altruism, Counselling and Psychological Aspects of Living Donation: Recommendations” in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ transplantation*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2008, (291) 196-197.

¹⁵⁷⁰ Zie ook: Verslag DEDRY, *Parl. St. Kamer* 2014-15, nr. 54-1161/4, 26, waar de minister van Volksgezondheid verklaarde dat ze voorlopig niet van plan is om een sensibiliseringscampagne rond levende donoren op te zetten.

¹⁵⁷¹ Zie m.n.: *Vr. en Antw.* Senaat 2006-07, 16 februari 2007, *Vr. nr.* 3-7084 DE ROECK, waar werd geopperd dat er inspanningen moeten worden geleverd om het aantal donoren bij leven, met name nierdonoren, te verhogen; Vraag om uitleg van de heer Patrik Vankrunkelsven aan de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid over “orgaandonatie”, *Hand. Senaat* 2006-07, 57 (nr. 3-2111), waar de minister van Volksgezondheid verklaarde dat transplantaties met levende donoren moet worden aangemoedigd, zonder te vergeten dat dergelijke ingreep geen onbeduidende daad is; *Vr. en antw.* Kamer 2010-11, 17 augustus 2010, 30 (*Vr. nr.* 17 D. DUCARME), waar de minister overwoog dat er in het licht van het orgaantekort misschien moet worden gedacht aan het uitbreiden van de pool levende donoren; *Vr. en antw.* Kamer 2010-11, 17 december 2010, 42 (*Vr. nr.* 195 M.-C. LAMBERT), waar het aanmoedigen van orgaandonatie bij leven zelfs van essentieel belang wordt geacht; *Vr. en Antw.* Kamer 2010-11, 7 maart 2011, 28 (*Vr. nr.* 301 C. FONCK); Vraag nr. 5-1181 J. BROTHI, *Hand. Senaat* 2010-2011, 12 juli 2011, nr. 5-93; Voorstel van resolutie van 9 juli 2012 waarin de wegwerking wordt gevraagd van de belemmeringen voor orgaandonaties door levende donoren, door te zorgen voor de vergoeding van alle ten laste van de donor komende medische kosten en te zorgen voor een compensatie voor het inkomensverlies, *Parl. St. Kamer* 2011-12, nr. 53-2349/1, 4 en 7; Minister L. ONKELINX in *VICTOR* februari-maart 2013, nr. 3, 1, waar het verhogen van het aantal transplantaties met levende donoren als een prioriteit werd beschouwd. Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2014-15, nr. 54-1161/1, 4 en 16; Vraag van de heer Philippe Blanchart aan de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid over “de begeleiding van personen die op een transplantatie wachten” (nr. 4135), *Hand. Kamer* 2014-15, CRIV 54 COM 187, 9. *Contra*: K. della Faille en W. Beke in “Volksgezondheid wil ‘vergoeding’ betalen voor donororganen”, *De Standaard* 18 augustus 2009, 7. Zie ook: A.-C. SQUIFFLET, “Enhancing public engagement in organ donation through the law: A comparison between Belgium and the United States” in G. RANDHAWA en S. SCHICKTANZ (eds.), *Public Engagement in Organ Donation and Transplantation*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2013, (36) 39, die spreekt van een relatief liberaal systeem.

¹⁵⁷² Vraag om uitleg van de heer Patrik Vankrunkelsven aan de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid over “orgaandonatie”, *Hand. Senaat* 2006-07, 57 (nr. 3-2111).

¹⁵⁷³ Vraag van de heer Philippe Blanchart aan de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid over “de begeleiding van personen die op een transplantatie wachten” (nr. 4135), *Hand. Kamer* 2014-15, CRIV 54 COM 187, 9. Zie reeds: M.H. SAYEGH en C.B. CARPENTER, “Transplantation 50 Years Later – Progress, Challenges, and Promises”, *N. Engl. J. Med.* 2004, vol. 351, afl. 26, (2761) 2765.

Afdeling 2. Juridische bescherming van de fysieke integriteit van de donor

§ 1. ORGAANWEGNEMING ALS GEMEENRECHTELIJK MISDRIJF

333. De Belgische wetgever heeft zich via het strafrecht duidelijk gekant tegen aantastingen van de fysieke integriteit. Dit valt voornamelijk af te leiden uit artikelen 393 e.v., 398 e.v., 417bis e.v. en 418 e.v. Sw., die het opzettelijk of onopzettelijk doden en toebrengen van lichamelijk letsel aan een ander persoon verbieden en bestraffen. Dit leidt ertoe dat orgaanwegneming bij een levende persoon, zoals ook andere chirurgische ingrepen,¹⁵⁷⁴ *prima facie* gekwalificeerd wordt als het misdrijf van opzettelijke slagen en verwondingen (art. 398 e.v. Sw.).¹⁵⁷⁵ Niet enkel de chirurg, maar ook de andere leden van het transplantatieteam zouden in dat geval overeenkomstig de regels van de deelneming (art. 66 e.v. Sw.) strafbaar kunnen zijn.

Als materieel element is voor dit misdrijf het toebrengen van slagen of van verwondingen aan een levend persoon vereist. De begrippen ‘slag’ en ‘verwonding’ worden ruim geïnterpreteerd. Een slag is iedere schok of stoot tegen een menselijk lichaam, waardoor dit in bruuske aanraking komt met een ander voorwerp van harde aard.¹⁵⁷⁶ Een verwonding is elk uitwendig of inwendig letsel, hoe licht ook, dat van buiten uit, door een mechanische of chemische op de lichaamsgesteltenis inwerkende oorzaak, aan het menselijk lichaam wordt toegebracht.¹⁵⁷⁷ Het hoeft geen betoog dat de vervulling van deze voorwaarde geen probleem vormt bij chirurgische ingrepen, zoals orgaanwegneming.

Als moreel element vereist het misdrijf van opzettelijke slagen en verwondingen een algemeen opzet. Het volstaat dus dat degene die de slag of de verwonding toebrengt, wetens en willens deze gedraging stelt. Het is irrelevant of hij daarmee de bedoeling had het slachtoffer (*in casu* de donor) te schaden, dan wel te helpen.¹⁵⁷⁸ Ook aan deze voorwaarde zal voor chirurgische ingrepen, zoals orgaanwegneming bij een levend persoon, voldaan zijn.

334. Specifiek voor orgaanwegneming zouden er bovendien enkele bijzonderheden gelden. Het strafwetboek beschouwt namelijk het veroorzaken van het volledig verlies van het gebruik van een orgaan ingevolge slagen en verwondingen met voorbedachten rade als een *verzwarende omstandigheid*, waardoor het misdrijf niet langer als een wanbedrijf, maar als een misdaad wordt bestraft.¹⁵⁷⁹ Zonder voorbedachten rade geldt het verlies van een orgaan nog steeds als

¹⁵⁷⁴ Bv. Gent 11 maart 1992, *T. Gez.* 1995-96, 54, noot T. VANSWEEVELT.

¹⁵⁷⁵ Zie reeds: L. BOSMAN en M.L. LEROY-SWAANS, *o.c.*, *Rev. Méd. Liège* 1968, (588) 589 en 595.

¹⁵⁷⁶ Cass. 28 november 1932, *Pas.* 1933, I, 31; A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005 (5^{de} ed.), 173, nr. 234.

¹⁵⁷⁷ Cass. 28 november 1949, *Arr. Cass.* 1950, 180, waar het vereiste van een zekere zwaarwichtigheid wordt afgewezen; Cass. 12 april 1983, *Arr. Cass.* 1982-83, 952; Corr. Neufchâteau 26 mei 1983, *RDP* 1983, 809; A. DELANNAY, “Les homicides et lésions corporelles volontaires” in H.-D. BOSLY en C. DE VALKENNEER (eds.), *Les infractions. Volume 2. Les infractions contre les personnes*, Brussel, Larcier, 2010, (85) 279 e.v.

¹⁵⁷⁸ Art. 392 Sw.; Cass. 25 februari 1987, *Arr. Cass.* 1986-87, 840; Cass. 6 januari 1998, *Pas.* 1998, I, 11 en *Arr. Cass.* 1998, 10; Gent 11 maart 1992, *T. Gez.* 1995-96, 54, noot T. VANSWEEVELT; Corr. Brussel 27 september 1969, *JT* 1969, 635; Corr. Charleroi 29 maart 1983, *RRD* 1983, 248; C. VAN DEN WYNGAERT m.m.v. S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen. Deel I*, Antwerpen, Maklu, 2011 (8^{ste} ed.), 251 en 309. *Contra*: Gent 23 september 1997, *AJT* 1997-98, 260, noot P. ARNOU, waar het hof het algemeen opzet niet aanwezig acht, omdat niet willens en wetens de wet werd overtreden. Zie echter de kritische noot bij dit arrest: P. ARNOU, “Sadomasochisme: wel ontucht, geen slagen?”, (noot onder Gent 23 september 1997), *AJT* 1997-98, (263) 264, nrs. 16-19, waar wordt gesteld dat het moreel element (algemeen opzet) wél was vervuld, en dat de stelling van het hof een vermomd beroep op rechtsdwaling uitmaakt. De auteur betwijfelt overigens ten zeerste of er in dit geval überhaupt van rechtsdwaling kan worden gesproken.

¹⁵⁷⁹ Art. 400 Sw. Dezelfde strafverzwarringsgrond is ook terug te vinden bij verschillende andere misdrijven: art. 121bis, lid 3 Sw. (aangifte aan de vijand), art. 136quinquies, leden 4 en 10 Sw. (bepaalde internationaalrechtelijke misdrijven), art. 347bis, § 4, 1° Sw. (gijzelneming), art. 403 Sw. (toediening van schadelijke stoffen), art. 423, § 2 Sw. (verlating), art. 425, § 2 Sw. (onthouding van voedsel of verzorging), art. 428, § 4 Sw. (ontvoering en verberging van minderjarigen), art. 442quater, § 2, 3° Sw. (misbruik van

een verzwarende omstandigheid, maar blijft het gaan om een wanbedrijf. Normaal zal orgaanwegneming in medische context wel degelijk met voorbedachten rade worden uitgevoerd. Weliswaar leidt de orgaanwegneming niet steeds tot een orgaanverlies zoals bedoeld in het strafwetboek.¹⁵⁸⁰ Deze verzwarende omstandigheid moet immers volgens het Hof van Cassatie functioneel begrepen worden als het volledig verlies van de *fysiologische functie* die het orgaan vervult.¹⁵⁸¹ Aldus zou het wegnemen van slechts één van de twee nieren, van een leverkwab of van een longkwab in normale omstandigheden niet automatisch het verlies van de gehele orgaanfunctie betekenen. Bij een dominotransplantatie zou bv. wel de gehele lever of zelfs een volledig hart weggenomen worden, maar ook dan lijkt de verzwarende omstandigheid niet van toepassing. Het verlies van de functie moet volgens de rechtspraak immers definitief zijn.¹⁵⁸² Dit is niet het geval bij dominotransplantatie aangezien meteen een nieuw functionerend orgaan wordt ingeplant.

Toch kan soms ook het loutere *anatomische verlies* van het orgaan als verzwarende omstandigheid gelden. Zo zou orgaanwegneming bij een levende persoon in bepaalde gevallen immers gekwalificeerd kunnen worden als een opzettelijke onmenselijke behandeling die hevige pijn of ernstig en vreselijk lichamelijk of geestelijk lijden veroorzaakt (foltering), dan wel als een behandeling waardoor een persoon opzettelijk ernstig geestelijk of lichamelijk leed wordt toegebracht (onmenselijke behandeling).¹⁵⁸³ Welnu, deze misdaden worden strenger bestraft indien de handeling leidt tot het volledig verlies van een orgaan *of* van het gebruik van een orgaan.¹⁵⁸⁴ Anders dan bij loutere slagen en verwondingen zal dus niet enkel het verlies van de volledige fysiologische functie van het orgaan ('gebruik'), maar ook het anatomische verlies van het volledig orgaan leiden tot een strafverzwaring. Zo zal bv. de wegneming van één nier een verzwarende omstandigheid zijn, ofschoon de nierfunctie nog in stand wordt gehouden door de resterende nier. De strengere strafverzwarringsgrond correspondeert met de grote ernst van foltering en onmenselijke behandeling. Dezelfde strafverzwarringsgrond bestaat trouwens ook in geval van mensenhandel (al dan niet met het oog op orgaanwegneming).¹⁵⁸⁵ Daarnaast zou de orgaanwegneming mogelijk ook als een geheel andere verzwarende omstandigheid en dan vooral als een zware verminking kunnen worden beschouwd. Dit is een verzwarende omstandigheid die hetzelfde gevolg heeft als het volledig verlies van het gebruik van het orgaan,¹⁵⁸⁶ maar ook in geval van louter anatomisch (geheel of gedeeltelijk) orgaanverlies van toepassing kan zijn.¹⁵⁸⁷ In ieder geval zal een orgaanwegneming die volgens de regels van de

zwakke toestand), art. 473 Sw. (diefstal met geweld), art. 477*sexies*, § 2, 1° Sw. (diefstal en afpersing van kernmateriaal), art. 488*bis*, § 2, 1° Sw. (beveiliging van kernmateriaal).

¹⁵⁸⁰ Er werd reeds gezegd dat begrippen in het strafrecht een eigen, autonome invulling kunnen krijgen (*cf. supra* Deel II, Hoofdstuk III, Afd. 2, § 1, B.2.). Een 'orgaan' in de zin van het strafwetboek zal dus niet noodzakelijk een 'orgaan' in de zin van de Orgaantransplantatiewet zijn.

¹⁵⁸¹ Corr. Leuven 3 november 1873, *Pas.* 1874, III, 14 (verlies van een vinger is geen volledig verlies van fysiologische functie, dus geen verzwarende omstandigheid); Cass. 16 april 1973, *Arr. Cass.* 1973, 816 (verlies van één oog is niet het verlies van het gehele zicht, dus geen verzwarende omstandigheid); Cass. 19 maart 1900, *Pas.* 1900, I, 186 (verlies van één vinger is geen verlies van fysiologische functie zoals het zicht, het gehoor of de spraak, dus geen verzwarende omstandigheid); Antwerpen 23 februari 2011, *T. Strafr.* 2012, 176, noot G.S. (verlies van een milt; art. 400, lid 1 Sw. is niet beperkt tot fysiologische functies zoals het zicht, het gehoor of de spraak). Zie ook: A. DELANNAY, o.c. in H.-D. BOSLY en C. DE VALKENNEER (eds.), *Les infractions. Volume 2.*, 2010, (85) 303-304, nr. 252; J. DE HERDT, *Fysiek interpersoonlijk geweld*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 618-619.

¹⁵⁸² Gent 11 maart 1992, *T. Gez.* 1995-96, 54, noot T. VANSWEEVELT, waar het afbinden van de eileiders het verlies van de voorplantingsfunctie tot gevolg had, maar omkeerbaar was, zodat de verzwarende omstandigheid niet bewezen werd geacht.

¹⁵⁸³ Zie art. 417*bis* Sw.

¹⁵⁸⁴ Artikel 417*ter*, lid 2, 2° Sw. (foltering) en artikel 417*quater*, lid 2, 2° Sw. (onmenselijke behandeling).

¹⁵⁸⁵ Art. 433*septies*, lid 1, 5° Sw.

¹⁵⁸⁶ Art. 400, lid 1 Sw.

¹⁵⁸⁷ *Pandectes Belges*, tome XXVI, tw. *Coups et blessures*, nr. 98; A. DELANNAY, o.c. in H.-D. BOSLY en C. DE VALKENNEER (eds.), *Les infractions. Volume 2.*, 2010, (85) 304, nr. 253; J. DE HERDT, *Fysiek interpersoonlijk geweld*, 2014, 619 en 621, die ook stelt dat het begrip 'orgaan' volgens zijn normale taalkundige betekenis zou kunnen worden geïnterpreteerd, zodat ook het anatomisch

kunst en de huidige stand van de medische wetenschap verloopt, leiden tot een tijdelijke ongeschiktheid van de levende donor om persoonlijke arbeid te verrichten. Ook dit gevolg wordt ten aanzien van slagen en verwondingen als een verzwarende omstandigheid beschouwd, maar zonder dat het wanbedrijf een misdaad kan worden.¹⁵⁸⁸

335. Ten slotte kan er nog een bijzondere strafbaarstelling van orgaanwegneming voor transplantatie gevonden worden in het raam van het internationaal humanitair recht. Zo wordt het wegnemen van weefsels of organen bij bepaalde personen met het oog op transplantatie, ongeacht hun toestemming, beschouwd als een oorlogsmisdaad, tenzij de wegneming zonder gevaar voor de lichamelijke of geestelijke integriteit gerechtvaardigd is op basis van de gezondheidstoestand van die persoon (d.i. de donor, niet de ontvanger) en ze geschiedt conform de algemeen aanvaarde geneeskundige normen.¹⁵⁸⁹ Deze strafbaarstelling is gebaseerd op artikel 11, lid 2 (c) van protocol I bij de Verdragen van Geneve van 12 augustus 1949, dat gericht is op gewapende conflicten.¹⁵⁹⁰ Haar personeel toepassingsgebied is beperkt tot de “*personen beschermd door het internationaal humanitair recht*”. Dit omvat alle personen gevisieerd in artikel 11, lid 1 van het vermelde protocol (m.a.w. personen die zich in de macht van de tegenpartij bevinden, alsook zij die geïnterneerd zijn, zich in gevangenschap bevinden of op andere wijze beroofd zijn van hun vrijheid ten gevolge van een in artikel 1 van dit protocol omschreven situatie, zelfs als ze zich niet in de macht van de tegenpartij bevinden).¹⁵⁹¹

§ 2. STRAFRECHTELIJKE IMMUNITEIT

A. De nood aan strafrechtelijke immuniteit

336. Door aantastingen van de fysieke integriteit strafrechtelijk te sanctioneren, geeft de wetgever te kennen dat de fysieke integriteit moet worden opgevat als een rechtsgoed dat de openbare orde raakt en dus een belangrijke plaats bekleedt onder de huidige sociale waarden.¹⁵⁹² Dit is logisch. De samenleving, geleid door de overheid, heeft alle belang bij het bewaren van de gezondheid van haar leden, nu deze de samenleving zelf vormen. Zonder het veiligstellen van de fysieke integriteit van haar leden bedreigt de samenleving dus haar eigen bestaan.

De ruime invulling van ‘slag’ en ‘verwonding’ in het strafrecht kunnen in zekere zin nochtans wereldvreemd worden genoemd. Vele medische handelingen vereisen juist een aantasting van de fysieke integriteit. Een absoluut verbod op aantastingen van het lichaam zou zonder twijfel onhoudbaar zijn. Om juridisch in overeenstemming te komen met de

verlies onder de verzwarende omstandigheid van het verlies van het gebruik van een orgaan valt. Zie ook: Cass. 19 maart 1900, *Pas.* 1900, I, 186 (verlies van een vinger is geen ‘zware’ verminking).

¹⁵⁸⁸ Art. 399 Sw. Zie ook: 400-401 Sw., indien de orgaanwegneming - zelfs onbedoeld - een blijvende ongeschiktheid, een zware verminking of de dood veroorzaakt. Zie hierover: A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, 2005 (5^{de} ed.), 176, nr. 238.

¹⁵⁸⁹ Art. 136^{quater}, 19° Sw. en art. 136^{quinquies}, lid 3 Sw. Deze strafbaarstelling werd in het strafwetboek opgenomen bij Wet van 5 augustus 2003 betreffende ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht (*BS* 7 augustus 2003). Voordien bestond ze reeds als art. 1^{ter}, § 1, 10° Wet van 16 juni 1993 betreffende de bestraffing van ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht (*BS* 5 augustus 1993). Niet enkel de wegneming op zich, maar ook het bevel, het voorstel of aanbod, het aanvaarden van het voorstel of aanbod, het aanzetten tot, de deelneming aan, de poging tot en het verzuim van, indien mogelijk, het verhinderen van het plegen van dit misdrijf wordt gestraft op dezelfde manier als de wegneming zelf (art. 136^{septies} Sw.).

¹⁵⁹⁰ Protocol additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of international armed conflicts (Protocol I), adopted at Geneva on 8 June 1977, <https://treaties.un.org>. Zie ook: memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 1990-91, nr. 1317-1, 9.

¹⁵⁹¹ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 1990-91, nr. 1317-1, 9. Zie ook over orgaandonatie door gevangenen *infra* Hoofdstuk III, Afd. 4, § 3 van dit Hoofdstuk.

¹⁵⁹² X. DIJON, *Le sujet de droit en son corps*, *Namen, Société d'études morales, sociales et juridiques*, 1982, 318, nr. 458 en 345, nr. 495; A. DELANNAY, o.c. in H.-D. BOSLY en C. DE VALKENEER (eds.), *Les infractions. Volume 2.*, 2010, (85) 98-99, nr. 7; A. DIERICKX, *Toestemming en strafrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 197 e.v.

onbetwistbare maatschappelijke nood aan bepaalde medische handelingen werd in de rechtsleer en rechtspraak het leerstuk van de (voorwaardelijke) strafrechtelijke immuniteit van de arts ontwikkeld. Deze ontwikkeling sluit aan bij de visie dat het voor de strafbaarheid op zich niet volstaat dat een gedraging aan de wettelijke delictsomschrijving (materieel en moreel element) voldoet. Ze moet bovendien ‘wederrechtelijk’ of ‘onrechtmatig’ zijn, wat inhoudt dat de gedraging ook *in concreto* moet worden afgetoetst aan andere normen uit de rechtsorde (bv. mensenrechten). Het vereiste van wederrechtelijkheid komt in feite neer op het ontbreken van rechtvaardigingsgronden.¹⁵⁹³

337. Hoewel over het principe van de immuniteit op zich nooit betwisting bestond, zijn er over de grondslag (en dus de exacte voorwaarden) van deze immuniteit verschillende visies geponeerd. De grote meerderheid in de rechtspraak en rechtsleer beroept zich op de toelating van de wet of het wettelijk voorschrift.¹⁵⁹⁴ Artikel 70 Sw. bepaalt namelijk dat er geen misdrijf is, wanneer het feit door de wet is voorgeschreven. Deze bepaling kan met enige flexibiliteit worden geïnterpreteerd. De term ‘voorgeschreven’ wordt geïnterpreteerd als ‘toegelaten’, wat dus niet noodzakelijk een expliciet gebod vereist.¹⁵⁹⁵ Zowel de expliciete, als de impliciete wettelijke toelating worden bovendien beschouwd als rechtvaardigingsgronden, als tegennormen waardoor een principieel wederrechtelijke gedraging juridisch toelaatbaar wordt.¹⁵⁹⁶ In feite gaat het om een wetsconflict dat wordt opgelost aan de hand van het principe ‘*lex specialis derogat generali*’.¹⁵⁹⁷ De wetten die de geneeskunde toelaten, gaan als bijzondere wetten voor op de algemene verbodsbepaling van artikel 398 e.v. Sw.

Vanzelfsprekend geldt de strafrechtelijke immuniteit slechts voor zover de handeling binnen de grenslijnen van de goedkeurende wet valt. Fysieke aantastingen die buiten de grenzen van wettelijk voorschrift vallen, blijven in beginsel door de strafwet verboden.¹⁵⁹⁸ Opdat er

¹⁵⁹³ Zie: L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch Strafrecht*, Leuven, Acco, 1990, 207-208, nr. 334; A. DIERICKX, *Toestemming en strafrecht*, 2006, 75. Zie voor kritiek op de wederrechtelijkheidsvoorwaarde: F. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge. Tome II: l'infraction pénale*, Brussel, Larcier, 2010, 26-29, nrs. 791-795.

¹⁵⁹⁴ Zie o.a.: Gent 11 maart 1992, *T. Gez.* 1995-96, 54, noot T. VANSWEEVELT; Corr. Brussel 27 september 1969, *JT* 1969, 635; Corr. Charleroi 29 maart 1983, *RRD* 1983, 248; R. TAHON, “Le consentement de la victime”, *RDP* 1951-52, (323) 339-340; C.J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *Belgisch strafrecht. Deel II*, Gent, Story-Scientia, 1968, 470-471, nr. 890; R.O. DALCQ, “La responsabilité médicale”, *TPR* 1974, (345) 354, nr. 12; R. KRUIITHOF, “Tendensen inzake medische aansprakelijkheid”, *VI. T. Gez.* 1982-83, (177) 184, nr. 12; X. RYCKMANS en R. MEERT-VAN DE PUT, *Les droit et les obligations des médecins, ainsi que des dentistes, accoucheuses et infirmières. Tome I*, Brussel, Larcier, 1971 (2^{de} ed.), 417, nr. 543; H. ANRYS, *La responsabilité civile médicale*, Brussel, Larcier, 1974, 96, nr. 67; C. HENNAU-HUBLET, *L'activité médicale et le droit pénal*, Brussel, Bruylant, 1987, 25, nr. 8; P. ARNOU, “De strafrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer” in A. HEYVAERT, R. KRUIITHOF en T. VANSWEEVELT (eds.), *Juridische aspecten van de geneeskunde*, Antwerpen, Kluwer, 1989, (163) 167, nr. 10 en 169, nr. 17; F. SWENNEN, “Juridische grondslagen voor de strafrechtelijke immuniteit van de geneesheer i.h.b. de vereiste van het therapeutisch oogmerk”, *T. Gez.* 1997-98, (3) 10, nr. 31; C. VAN DEN WYNGAERT m.m.v. S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen. Deel I*, 2011 (8^{ste} ed.), 251 en 265. Zie echter: E. JANSON, “A propos de la responsabilité du médecin”, *JT* 1969, 705, nrs. 1 en 3, die zich baseert op het wettelijk diploma van artsen en bijkomstig op de toestemming van de patiënt.

¹⁵⁹⁵ J. CONSTANT, *Traité élémentaire de droit pénal. Tome I*, Luik, Imprimeries Nationales, 1965 (6^{de} ed.), 391-392, nr. 309; L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch Strafrecht*, 1990, 215, nr. 352 en 216, nr. 354; C. VAN DEN WYNGAERT m.m.v. S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen. Deel I*, 2011 (8^{ste} ed.), 247. Dit probleem wordt enigszins omzeild in: Corr. Brussel 27 september 1969, *JT* 1969, 635, waar wordt gesteld dat artsen niet enkel door de wet ‘toegelaten’ worden om de fysieke integriteit aan te tasten, maar tevens een sociale missie door de wet worden ‘opgelegd’. Aldus is de aantasting van het lichaam in zekere zin wel ‘voorgeschreven’, mits deze term ruim wordt geïnterpreteerd. Zie in gelijke zin: R. TAHON, o.c., *RDP* 1951-52, (323) 340.

¹⁵⁹⁶ R. VERSTRAETEN en F. VERBRUGGEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors. Deel I*, Antwerpen, Maklu, 2010-11 (4^{de} ed.), 60-61, nrs. 204 en 209; C. VAN DEN WYNGAERT m.m.v. S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen. Deel I*, 2011 (8^{ste} ed.), 228 en 246 e.v.

¹⁵⁹⁷ C.J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *Belgisch strafrecht. Deel II*, 1968, 446, nr. 849; C. VAN DEN WYNGAERT m.m.v. S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen. Deel I*, 2011 (8^{ste} ed.), 247.

¹⁵⁹⁸ Gent 11 maart 1992, *T. Gez.* 1995-96, 54, noot T. VANSWEEVELT; P. ARNOU, o.c. in A. HEYVAERT, R. KRUIITHOF en T. VANSWEEVELT (eds.), *Juridische aspecten van de geneeskunde*, 1989, (163) 171, nr. 24. Soms wordt in dit verband gesproken over ‘misbruik van de toelating de wet’: Corr. Brussel 27 september 1969, *JT* 1969, 635; F. SWENNEN, o.c., *T. Gez.* 1997-98, (3) 7-8, nrs. 18-19.

sprake kan zijn van strafrechtelijke immuniteit voor de arts bij wijze van toelating door de wet, worden er doorgaans vier cumulatieve voorwaarden naar voren geschoven:

- de medische handeling moet een legitiem doel nastreven (*infra* B);
- de patiënt moet toestemmen (*infra* C).
- de handeling moet proportioneel zijn aan het nagestreefde doel (*infra* D); en
- de zorgvuldigheidsnorm moet nageleefd worden (*infra* E).

Hierna volgt een analyse van deze vier elementen met bijzondere aandacht voor orgaanwegneming bij een levende donor.

B. De voorwaarde van het legitiem doel

1. Orgaanwegneming en het therapeutisch oogmerk

338. Zoals gezegd, volstaat het wetens en willens toebrengen van de slag of de verwonding, opdat deze gedraging strafbaar is. Het ontbreken van kwaadaardige bedoelingen of opzet om te schaden wordt op zich als een té subjectief en moeilijk te onderzoeken criterium afgewezen als grondslag voor de strafrechtelijke immuniteit van de arts.¹⁵⁹⁹ Toch kan het doel dat wordt nagestreefd, wel degelijk een invloed hebben op de toelaatbaarheid van lichamelijke aantastingen. Traditioneel wordt immers erkend dat een arts een strafrechtelijke immuniteit voor aantasting van de lichamelijke integriteit kan genieten, indien er een *preventief of curatief oogmerk* voorhanden is.¹⁶⁰⁰ Het komt erop neer dat de fysieke aantasting met een therapeutisch nut of met andere woorden ter bescherming van de gezondheid geschiedt.¹⁶⁰¹ Deze voorwaarde is logisch, aangezien hierbij het gezondheidsbelang overeenstemt met het belang dat door de strafwet wordt beschermd, nl. het in stand houden van de fysieke integriteit.¹⁶⁰² De chirurgische ingreep is dan m.a.w. niet in strijd met de openbare orde, waardoor de onderliggende *ratio* voor wettelijke bestraffing vervalt.

Dat het therapeutisch oogmerk rechtvaardigend werkt, kan juridisch gesteund worden op de Wet Uitoefening Gezondheidszorgberoepen. Aangezien in deze wet het stellen van geneeskundige handelingen wettelijk wordt georganiseerd (zie o.a. art. 3, § 1 Wet Uitoefening Gezondheidszorgberoepen), kan hieruit meteen ook de impliciet toelaatbaarheid van deze

¹⁵⁹⁹ Corr. Brussel 27 september 1969, *JT* 1969, 635; P. FORIERS, *De l'état de nécessité en droit pénal*, Brussel, Bruylant, 1951, 184, nr. 300 en 185-187, nrs. 303-305; J. CONSTANT, *Traité élémentaire de droit pénal. Tome I*, 1965 (6^{de} ed.), 519; P. ARNOU, "De strafrechtelijke immuniteit van de medicus. Grondslag en grenzen", *Jura Falc.* 1979-80, (431) 432; F. SWENNEN, o.c., *T. Gez.* 1997-98, (3) 5, nr. 5; J. TER HEERDT, *Het experiment beproefd. Een juridische analyse van medische experimenten met mensen*, Antwerpen, Maklu, 2000, nr. 115.

¹⁶⁰⁰ Zie o.a.: Cass. 14 december 2001, *Arr. Cass.* 2001, 2200, concl. Proc.-gen. DU JARDIN, *T. Gez.* 2001-02, 239, noot J.-L. FAGNART, *JLMB* 2002, 532, noot Y.-H. LELEU en G. GENICOT, *RGAR* 2002, nr. 1.494, noot R.O. DALCQ (nr. 13.488) en *JT* 2002, 261, noot C. TROUET; Brussel 5 april 1991, *RGAR* 1992, nr. 11.924; Gent 11 maart 1992, *T. Gez.* 1995-96, 54, noot T. VANSWEEVELT; Corr. Brussel 27 september 1969, *JT* 1969, 635; Corr. Charleroi 29 maart 1983, *RRD* 1983, 248; X. RYCKMANS en R. MEERT-VAN DE PUT, *Les droits et les obligations des médecins, ainsi que des dentistes, accoucheuses et infirmières. Tome I*, 1971 (2^{de} ed.), 418, nr. 543; P. ARNOU, o.c. in A. HEYVAERT, R. KRUIJTHOF en T. VANSWEEVELT (eds.), *Juridische aspecten van de geneeskunde*, 1989, (163) 170, nr. 19 (curatief of preventief doel); F. SWENNEN, o.c., *T. Gez.* 1997-98, (3) 4, nr. 2; D. DEWANDELEER, "Homicide volontaire et lésions corporelles volontaires" in P. CHOME, O. KLEES en A. LOREN (eds.), *Droit pénal et procédure pénale*, Mechelen, Kluwer, 2001, currens, 107, nr. 253; C. VAN DEN WYNGAERT m.m.v. S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen. Deel I*, 2011 (8^{ste} ed.), 251.

¹⁶⁰¹ Corr. Brussel 27 september 1969, *JT* 1969, 635; R. GROSEMANS, "Considérations juridiques et déontologiques sur les stérilisations opératoires sur l'homme", *RDP* 1960-61, (875) 877: "actes qui tendent à assurer le développement et la protection de la vie et qui, par conséquent, sont conformes à la mission sociale du professionnel."; H. ANRYS, *La responsabilité civile médicale*, 1974, 93, nr. 64; C. GOFFIN en L. LAMBRECHT, o.c., *VI. T. Gez.* 1986-87, (5) 14; C. HENNAU-HUBLET, *L'activité médicale et le droit pénal*, 1987, 42-43, nrs. 34-35; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Brussel, Larcier, 2010, 93.

¹⁶⁰² R. DIERKENS, *Lichaam en lijk. Raakpunten van recht en geneeskunde*, Brugge, die Keure, 1962, 51, nr. 71. Zie ook: H. NYS, "Eigendom in het medisch recht", *RW* 1983-84, (2357) 2360, nr. 5: "In de gezondheidszorg heeft de fysieke integriteit dus een bijzondere functie: zij is voorwaarde en doel tegelijkertijd."

handelingen worden afgeleid.¹⁶⁰³ De geneeskunde omvat “*de geneeskunde, de tandheelkunde inbegrepen, uitgeoefend ten aanzien van menselijke wezens, en de artsenijsbereidkunde, onder hun preventief of experimenteel, curatief, continu en palliatief voorkomen*” (art. 1 Wet Uitoefening Gezondheidszorgberoepen). Meer bepaald worden als geneeskundige handelingen beschouwd: “*elke handeling die tot doel heeft, of wordt voorgesteld tot doel te hebben, bij een menselijk wezen, hetzij het onderzoeken van de gezondheidstoestand, hetzij het opsporen van ziekten en gebrekkigheden, hetzij het stellen van de diagnose, het instellen of uitvoeren van een behandeling van een fysische of psychische, werkelijke of vermeende pathologische toestand, hetzij de inenting*” (art. 3, § 1, lid 2 Wet Uitoefening Gezondheidszorgberoepen). In de rechtsleer wordt doorgaans gesproken van een ‘medische’ handeling om aan te duiden dat de handeling onder de wettelijke bevoegdheid van de arts valt.¹⁶⁰⁴

De Wet Uitoefening Gezondheidszorgberoepen kan bijgevolg zonder twijfel dienen als wettelijke toelating voor orgaanwegnemingen die geschieden met een therapeutisch oogmerk voor de betrokkene zelf. Het gaat met name om de wegneming van een ziek orgaan¹⁶⁰⁵ en om de autotransplantatie.¹⁶⁰⁶ Ook in het raam van een dominotransplantatie kan de orgaanwegneming bij de patiënt-donor in diens therapeutisch belang zijn.¹⁶⁰⁷ Ten slotte zullen ook de gezondheidsonderzoeken en behandelingen die voor, tijdens en na een orgaanwegneming plaatsvinden, het vereiste therapeutisch oogmerk vertonen.

339. Voor orgaanwegneming met het oog op transplantatie in een ander persoon blijkt de Wet Uitoefening Gezondheidszorgberoepen niet zo’n voor de hand liggende rechtvaardigingsgrond. Zo werd het feit dat de levende donor hierbij *geen therapeutisch voordeel* maar integendeel een verlies ondervindt, opgeworpen als een bezwaar tegen de juridische geoorloofdheid ervan.¹⁶⁰⁸ Er werd geargumenteed dat de kwalificatie van orgaanwegneming als therapeutisch zou leiden tot een te uitgebreide, kunstmatige invulling van het begrip ‘therapeutisch’ en tot rechtsonzekerheid.¹⁶⁰⁹ Daartegenover staan twee argumenten om orgaanwegneming voor transplantatie wél als een therapeutische handeling te beschouwen.

¹⁶⁰³ Corr. Brussel 27 september 1969, *JT* 1969, 635; Corr. Charleroi 29 maart 1983, *RRD* 1983, 248; R. TAHON, o.c., *RDP* 1951-52, (323) 339; G. LEVASSEUR, “La responsabilité pénale du médecin” in M. ECK (ed.), *Le médecin face aux risques et à la responsabilité*, Parijs, Fayard, 1968, (133) 141; P. ARNOU, o.c., *Jura Falc.* 1979-80, (431) 433; F. SWENNEN, o.c., *T. Gez.* 1997-98, (3) 7, nr. 17; A. DIERICKX, *Toestemming en strafrecht*, 2006, 137.

¹⁶⁰⁴ J. TER HEERDT, *Het experiment beproefd*, 2000, nrs. 14-23; H. NYS, “Euthanasie is geen medische handeling”, *A. Hosp.* 1999, afl. 4, (71) 71; T. GOFFIN, *De professionele autonomie van de arts. De rechtspositie van de arts in de arts-patiëntrelatie*, Brugge, die Keure, 2011, 27, 30, 33-34 en 79.

¹⁶⁰⁵ T. GRUEL, *Le droit ébranlé par les manipulations du corps*, Villeneuve d’Ascq, Presses Universitaires de Septentrion, 2002, 482, nr. 862. Vgl. ook A. HEYVAERT, *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed*, Gent, Mys & Breesch, 2002, nr. 194.

¹⁶⁰⁶ T. GOFFIN, *De professionele autonomie van de arts*, 2011, 95, die terecht stelt dat autotransplantatie als een medische handeling in de zin van toenmalig KB nr. 78 (nu vervangen door: Wet Uitoefening Gezondheidszorgberoepen) moet worden beschouwd. Zie hierover ook *supra* Deel II, Hoofdstuk III, Afd. 2, § 1, B.4.

¹⁶⁰⁷ D. THOUVENIN, “La loi relative à la bioéthique ou comment accroître l’accès aux éléments biologiques d’origine humaine. I- L’égimité des activités médicales bioéthiques”, *D.* 2005, nr. 2, (116) 120.

¹⁶⁰⁸ E. RIGAUX, “Groote Schuur: décembre 1967”, *JT* 1969, (453) 456; R. SCREVEN, “Greffes du coeur”, *JT* 1968, (227) 228; G. DWORKIN, “The law relating to organ transplantation in England”, *Mod. L. Rev.* 1970, vol. 33, (351) 357-358 en 362; A. FAHMY ABDOL, *Le consentement de la victime*, Parijs, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1971, 439-440, nr. 280; A. DEMOOR, “Transplantatie van organen of: zal het recht dwingen tot naastenliefde?”, *Jura Falc.* 76-77, (69) 71-72; X. DIJON, *Le sujet de droit en son corps*, 1982, 387-389, nrs. 555-556; C. HENNAU-HUBLET, *L’activité médicale et le droit pénal*, 1987, 54-55, nrs. 61-62; T. GRUEL, *Le droit ébranlé par les manipulations du corps*, 2002, 483-484, nrs. 863-865; T. VANSWEEVELT, “Art. 1 Orgaantransplantatiewet” in *Comm. Pers.*, 2007, currens, losbl., 5; G. GENICOT, *Droit médical en biomédical*, 2010, 730. Zie ook: T. GOFFIN, *De professionele autonomie van de arts*, 2011, 94, die stelt dat orgaanwegneming niet als een medische handeling overeenkomstig het toenmalige KB nr. 78 (nu vervangen door: Wet Uitoefening Gezondheidszorgberoepen) kan worden gekwalificeerd.

¹⁶⁰⁹ R. MUNSON, “Organ Transplantation” in B. STEINBOCK (ed.), *The Oxford handbook of bioethics*, Oxford, Oxford University Press, 2007, (211) 221-222.

Enerzijds kan worden verdedigd dat orgaanwegneming voor transplantatie een handeling is in het *therapeutisch belang van een derde*, namelijk de ontvanger. Opdat de aantasting van de fysieke integriteit geoorloofd kan zijn, mag het therapeutisch belang in principe ook ten aanzien van een derde bestaan.¹⁶¹⁰ De onderliggende ethische basis hiervoor kan gezocht worden in de menselijke waarde van de solidariteit, alsook de opvatting dat de mens in essentie een relatiewezen is en dus aan het welzijn van naasten mag denken en tegemoet komen.¹⁶¹¹ Het medisch-ethische principe van *non-maleficence* is dus niet absoluut en moet worden afgewogen tegen het principe van *beneficence*.¹⁶¹² Er kan zelfs gesproken worden van een maatschappelijke nood tot dergelijke solidariteit, zodat orgaandonatie niet per definitie strijdig met de openbare orde of de goede zeden is. Dit is verenigbaar met de tekst van Wet Uitoefening Gezondheidszorgberoepen. Artikel 1 Wet Uitoefening Gezondheidszorgberoepen spreekt van de geneeskunde onder haar curatief voorkomen.¹⁶¹³ Dit lijkt voldoende ruim te zijn geformuleerd om conform de maatschappelijke noden ook het curatief handelen via de fysieke aantasting van een ander te kunnen omvatten. Artikel 3 Wet Uitoefening Gezondheidszorgberoepen spreekt daarnaast over handelingen ‘met als doel’ het instellen of uitvoeren van een behandeling van een pathologische toestand. De handeling (*in casu* de orgaanwegneming) moet niet zelf een behandeling zijn; het volstaat dat ze een behandeling (*in casu* een transplantatie) tot doel heeft.¹⁶¹⁴

Anderzijds kan worden verdedigd dat orgaanwegneming een onrechtstreeks therapeutisch belang kan meebrengen voor de donor zelf. Het zou meer bepaald gaan om een *psychosociale voordeel* dat de donor haalt uit de genezing van de ontvanger.¹⁶¹⁵ Het begrip ‘therapeutisch’ kan immers ruim worden ingevuld zodanig dat het niet enkel het fysieke, maar ook het sociale of psychologische welzijn omvat.¹⁶¹⁶ Zo wordt ook inzake transseksualiteit (art.

¹⁶¹⁰ E. RIGAUX, *o.c.*, JT 1969, (453) 457; E. JANSON, “*o.c.*”, JT 1969, 705, nr. 1; B. SLUYTERS, “Juridische aspecten” in J.M. GREEP (ed.), *Orgaantransplantatie*, Leiden, Stafleu, 1970, (361) 382-383, waar de vergelijking wordt gemaakt met o.a. vechtsport en waar dan ook werd gesteld dat een wettelijke regeling voor levende donoren wel zeer nuttig kan zijn, maar niet absoluut nodig is (p. 391-392); S. PERRICK, “Schenking van organen. Enkele juridische aspecten”, *TvGR* 1979, (141) 142; P.E. TROUSSE, “Influence des progrès de la biologie et de la médecine sur le droit pénal” in CENTRE INTERUNIVERSITAIRE DE DROIT COMPARE, *Rapports belges ua VIII^e Congrès international de droit comparé*, Brussel, CIDC, 1970, (705) 721; H. ANRYS, *La responsabilité civile médicale*, 1974, 114-115, nr. 79; J.F. RANG, “Gezondheidsrechtelijke aspecten van familiedonatie bij niertransplantatie”, *TvGR* 1979, (14) 17; M.T. MEULDERS-KLEIN en B. MAINGAIN, “Le droit de disposer de soi-même. Étendue et limites en droit comparé” in JOURNÉES D’ÉTUDES JURIDIQUES JEAN DABIN (ed.), *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs: contribution à l’étude du règlement juridique des conflits de valeurs en droit pénal, public et international*, Brussel, Bruylant, 1982, (215) 241, nr. 32; F. SWENNEN, *o.c.*, *T. Gez.* 1997-98, (3) 14-15, nrs. 48-49 en de verwijzingen aldaar; J. TER HEERDT, *Het experiment beproefd*, 2000, nr. 127.

¹⁶¹¹ Advies nr. 11 van 20 december 1999 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 12; P. SCHOTSMANS, *En de mens schiep de mens. Medische (r)evolutie en ethiek*, Kapellen, Uitgeverij Pelckmans, 1988, 187; J.M.M. MAEIJER, “Transplantatie van organen en het privaatrecht”, *TPR* 1969, (153) 160; J.-P. DOLL, “L’aspect moral, religieux et juridique des transplantations d’organes”, *Gaz. Pal.* 1974, (820) 820; E. MIDOLO *et al.*, “The Legislation on Living Organ Donation in Western Europe: Legal and Ethical Analysis and Impact on Clinical Practice”, *Transpl. Proc.* 2013, (2576) 2578. In het algemeen: D. ROMAN, “« A corps défendant ». La protection de l’individu contre lui-même”, *D. chron.* 2007, (1284) 1292.

¹⁶¹² D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 253 en 254, die als derde ethische principe ook de autonomie van de donor vermeldt; L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 155. Zie in het algemeen ook: P. SCHOTSMANS, *Handboek medische ethiek*, 2008, 66.

¹⁶¹³ Deze bepaling zou als een achtergrondschets moeten worden beschouwd, in plaats van een eigenlijk afbakening van het materieel toepassingsgebied van de Wet Uitoefening Gezondheidszorgberoepen: T. GOFFIN, *De professionele autonomie van de arts*, 2011, 20 en 29. Dit neemt niet weg dat ze hier als interpretatienorm kan worden gehanteerd.

¹⁶¹⁴ Vgl. E. DE KEYSER, “Euthanasie. Een medische handeling?”, *NJW* 2003, (1067) 1067.

¹⁶¹⁵ Zie o.a.: L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 154; M.T. MEULDERS-KLEIN en B. MAINGAIN, *o.c.* in JOURNÉES D’ÉTUDES JURIDIQUES JEAN DABIN (ed.), *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs*, 1982, (215) 241, nr. 32; J. MATTHIJS, “Bedenkingen ten behoeve van een transplantatiewet”, *RW* 1971, (161) 213, nr.31, waar voorzichtig wordt gewezen op de morele voldoening voor de donor; C. BYK, “Transplantation d’organes et droit: une greffe réussie ? Expérience française, contexte européen”, *JCP G.* 1997, nr. 4026, (245) 246. *Contra*: A. DEMOOR, *o.c.*, *Jura Falc.* 76-77, (69) 72, waar dergelijk voordeel als onbestaande of te zwak wordt afgedaan om op te wegen tegen (de fysieke gevolgen van) een orgaanwegneming. Zie uitgebreider *infra* Hoofdstuk IV, Afd. 1, § 2, B van dit Deel.

¹⁶¹⁶ Zie o.a. X. DIJON, *Le sujet de droit en son corps*, 1982, 390, nr. 557; R. KRUTHOF, *o.c.*, *VI. T. Gez.* 1982-83, (177) 184-185, nr. 12, die erop wijst dat gelet op deze ruime definitie best niet van medische ‘noodzaak’ als voorwaarde wordt gesproken; M. VAN

62bis BW) aanvaard dat een psychologisch voordeel (m.n. identiteitsbeleving) kan volstaan voor een ingrijpende chirurgische ingreep. Dit strookt bovendien met de (soms bekritiseerde) definitie van gezondheid volgens de WHO: “*a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity*”.¹⁶¹⁷

De Orgaantransplantatiewet heeft hoe dan ook bevestigd dat transplantatie bij een derde een legitiem doel is voor orgaanwegname bij een levende donor. Deze wet voegt als het ware orgaanwegname aan de beroepsgroep van artsen toe (art. 3 Orgaantransplantatiewet),¹⁶¹⁸ en breidt zo het begrip medische handeling in de zin van artikel 3, § 1 Wet Uitoefening Gezondheidszorgberoepen uit tot orgaanwegname.¹⁶¹⁹ Krachtens artikel 70 Sw. kan de Orgaantransplantatiewet worden beschouwd als de specifieke grondslag voor de strafrechtelijke immuniteit van de chirurg die een orgaanwegname uitvoert.¹⁶²⁰ De wet laat immers orgaanwegname bij leven met transplantatieoogmerk (therapeutisch of therapeutisch-experimenteel) toe. Deze toelating is weliswaar aan voorwaarden onderworpen (met name art. 5 t.e.m. 9bis Orgaantransplantatiewet), zodat er bij niet-naleving van deze voorwaarden ook geen wettelijke toelating meer zal zijn. Voor de strafbaarheid voorziet de Orgaantransplantatiewet in specifieke misdrijven (art. 17 Orgaantransplantatiewet) bovenop het misdrijf slagen en verwondingen. De algemene regels van de samenloop van misdrijven zijn dan van toepassing.¹⁶²¹

2. De levende orgaandonor als patiënt

340. Ofschoon de vraag naar de therapeutische kwalificatie dankzij de Orgaantransplantatiewet niet meer bepalend is voor de principiële geoorloofdheid van orgaanwegname voor transplantatie, blijft ze wél van belang voor de rechtspositie van de orgaandonor. De Orgaantransplantatiewet bevat weliswaar specifieke regels over de orgaanwegname, maar regelt niet alle aspecten van de arts-donorverhouding. De wet van 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënt¹⁶²² (verkort: Wet Patiëntenrechten) bevat meer algemene regels (bv. recht op patiëntendossier, klachtrecht), maar is daarentegen niet specifiek gericht op orgaandonoren.

De Wet Patiëntenrechten is van toepassing op “*contractuele en buitencontractuele privaatrechtelijke en publiekrechtelijke rechtsverhoudingen inzake gezondheidszorg verstrekt door een beroepsbeoefenaar aan een patiënt*”.¹⁶²³ De vraag rijst of de levende donor als patiënt

QUICKENBORNE, “De instemming van de patiënt in de therapeutische relatie”, *RW* 1986-87, (2401) 2404; F. SWENNEN, o.c., *T. Gez.* 1997-98, (3) 8, nrs. 20-22 en 13-14, nrs. 45-47; J. TER HEERDT, *Het experiment beproefd*, 2000, nrs. 123-124; A. DIERICKX, *Toestemming en strafrecht*, 2006, 172; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2010, 93; M. VÉRON, “La responsabilité pénale du médecin” in L. MÉLENNEC (ed.), *Traité de droit médical*, Parijs, Maloine S.A., 1984, 12; A. DORSNER-DOLIVET, *La responsabilité du médecin*, Parijs, Economica, 2006, 271, nr. 260.

¹⁶¹⁷ Preamble to the Constitution of the World Health Organization as adopted by the International Health Conference, New York, 19-22 June, 1946; signed on 22 July 1946 by the representatives of 61 States (Official Records of the World Health Organization, no. 2, p. 100) and entered into force on 7 April 1948; <http://www.who.int>.

¹⁶¹⁸ Zie over dit artsenmonopolie *supra* Deel III, Hoofdstuk II, Afd. 1, § 2, B.

¹⁶¹⁹ Vgl. E. DELBEKE, *Juridische aspecten van zorgverlening aan het levenseinde*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 205, nr. 379; T. VANSWEEVELT, “De euthanasiewet: De ultieme bevestiging van het zelfbeschikkingsrecht of een gecontroleerde keuzevrijheid?”, *T. Gez.* 2003, (216) 270, nr. 169. *Contra*: T. GOFFIN, *De professionele autonomie van de arts*, 2011, 94, die nochtans op p. 96 zelf toegeeft dat de ‘arts’ in de zin van artikel 3 Orgaantransplantatiewet een beroepsbeoefenaar in de zin van toenmalig art. 2, § 1 KB nr. 78 (nu vervangen door: art. 3, § 1 Wet Uitoefening Gezondheidszorgberoepen) moet zijn. Ook op p. 31 beschouwt deze auteur het KB nr. 78 van toepassing op het wegnemen van organen.

¹⁶²⁰ J. TER HEERDT, *Het experiment beproefd*, 2000, nr. 110; H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, Mechelen, Kluwer, 2005 (2^{de} ed.), 137, nr. 308; A. DIERICKX, *Toestemming en strafrecht*, 2006, 138.

¹⁶²¹ Art. 58-65 Sw.

¹⁶²² BS 26 september 2002.

¹⁶²³ Art. 3, § 1 Wet Patiëntenrechten.

kan worden beschouwd en dus rechten kan putten uit deze wet. Een patiënt wordt gedefinieerd als “*de natuurlijke persoon aan wie gezondheidszorg wordt verstrekt, al dan niet op eigen verzoek*”.¹⁶²⁴ Gezondheidszorg wordt hierbij gedefinieerd als “*diensten verstrekt door een beroepsbeoefenaar met het oog op het bevorderen, vaststellen, behouden, herstellen of verbeteren van de gezondheidstoestand van een patiënt, om het uiterlijk van een patiënt om voornamelijk esthetische redenen te veranderen of om de patiënt bij het sterven te begeleiden*”.¹⁶²⁵ Het volstaat dat één van de opgesomde doeleinden aanwezig is, maar het is duidelijk dat de therapeutische waarde van de dienst een bepalende overweging vormt.

341. Tijdens de parlementaire besprekingen bij de Wet Patiëntenrechten werd gesteld dat er bij de wegneming van een orgaan bij een levende donor geen sprake is van gezondheidszorg.¹⁶²⁶ Hier weerklinkt de echo van de vroegere rechtsleer die wegens een gebrek aan therapeutisch karakter de geoorloofdheid van orgaanwegneming afwees. De Wet Patiëntenrechten zou dus niet op orgaandonoren van toepassing zijn.

Deze interpretatie verdient echter geen navolging. De wetgever wenste zelf dat het begrip gezondheidszorg *ruim* zou worden opgevat.¹⁶²⁷ Zo maakt het niet uit dat de donor voorafgaand aan de ingreep nog gezond was. Het verstrekken van gezondheidszorg vereist immers niet dat de patiënt ziek is.¹⁶²⁸ Bovendien is gezondheidszorg niet beperkt tot de fysieke gezondheidstoestand: het kan ook om psychische gezondheid gaan (bv. bij plastische chirurgie).¹⁶²⁹ Er kan dan verdedigd worden dat ook orgaanwegneming voor transplantatie als gezondheidszorg moet worden beschouwd omwille van het psychosociaal voordeel dat de levende donor kan ervaren.¹⁶³⁰

Zelfs als men de fysieke uitname van een orgaan (de wegneming *sensu stricto*) niet als gezondheidszorg zou beschouwen,¹⁶³¹ dan nog zal dit de toepassing van de Wet Patiëntenrechten niet verhinderen. Vóór en na zo’n orgaanwegneming ondergaat de donor immers andere handelingen.¹⁶³² In de preoperatieve fase wordt de donor geëvalueerd, wat een onderzoek naar de fysieke en psychische gezondheidstoestand inhoudt. In de postoperatieve fase vindt er verzorging en een nauwgezette monitoring van de gezondheidstoestand van de levende donor plaats. Door de meeste auteurs wordt er terecht op gewezen dat deze daden wél gezondheidszorg uitmaken, aangezien het onder meer gaat om het vaststellen, herstellen of

¹⁶²⁴ Art. 2, 1° Wet Patiëntenrechten.

¹⁶²⁵ Art. 2, 2° Wet Patiëntenrechten.

¹⁶²⁶ Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2001-02, nr. 50-1642/001, 16; Verslag GILKINET en BROUNS, *Parl. St. Kamer* 2001-02, nr. 50-1642/012, 53. Zie ook: Y.-H. LELEU, “La loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient”, *JT* 2003, (649) 650, nr. 3; C. TROUET en I. DREEZEN, “Rechtsbescherming van de patiënt. De wet van 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënt”, *NJW* 2003, (2) 4.

¹⁶²⁷ Verslag GILKINET en BROUNS, *Parl. St. Kamer* 2001-02, nr. 50-1642/012, 12. Zie ook: T. VANSWEEVELT, “Definities en toepassingsgebied van de Wet Patiëntenrechten”, *T. Gez.* 2003-04, (66) 70, die wijst op het feit dat stervensbegeleiding, ondanks het gebrek aan curatief oogmerk, ook als gezondheidszorg wordt beschouwd.

¹⁶²⁸ Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2001-02, nr. 50-1642/001, 16.

¹⁶²⁹ Verslag REMANS en DE ROECK, *Parl. St. Senaat* 2001-02, nr. 2-1250/3, 45.

¹⁶³⁰ Zie hierover *supra* Hoofdstuk IV, Afd. 1, § 2, B van dit Deel. *Contra*: J.E.M. AKVELD, “Juridische aspecten van orgaandonatie” in J.E.M. AKVELD, et al. (eds.), *Orgaandonatie, een kwestie van bereidheid*, Lelystad, Koninklijke Vermande, 1988, (15) 16.

¹⁶³¹ In die zin: H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 2005, 137, nr. 308; V. GAUCHÉ, “Le champ d’application de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient” in S. BRILLON et al. (eds.), *Mémento des droits du patient et de la responsabilité médicale*, Brussel, Kluwer, 2003, (25) 31; T. GOFFIN, *De professionele autonomie van de arts*, 2011, 327, 330 en 342; Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek betreffende bepaalde ethische aspecten van de wijzigingen door de wet van 25 februari 2007 aangebracht aan de wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, www.health.belgium.be, 33-34; verslag BURGEON, *Parl. St. Kamer* 2009-10, nr. 52-2240/006, 89.

¹⁶³² Zie bv. R. KANDASWAMY en A. HUMAR, “Nephrectomy from a Living Donor” in A. HUMAR, A.J. MATAS en W.D. PAYNE (eds.), *Atlas of Organ Transplantation*, Londen, Springer, 2006, (59) 59-60, 65 en 78-79.

behouden van de gezondheidstoestand.¹⁶³³ Ook *tijdens* de operatieve procedure vindt o.a. controle van eventuele bloedingen en de hechting van de incisie plaats, wat m.i. diensten met oog op het vaststellen en herstellen van de gezondheidstoestand zijn. Dit betekent dat de donor *de facto* wel degelijk als een patiënt in de zin van de Wet Patiëntenrechten kan worden beschouwd. Dat het wegnemen van organen *sensu stricto* (volgens sommigen) geen gezondheidszorg zou zijn, vertoont dan weinig praktisch verschil.¹⁶³⁴

De kwalificatie van de levende donor als patiënt is bovendien zeer wenselijk. De Orgaantransplantatiewet en haar besluiten bieden op zichzelf immers niet alle nodige patiëntenrechten (of werken ze niet voldoende uit).¹⁶³⁵ T. Vansweevelt stelt terecht dat er geen reden bedacht kan worden waarom een donor de essentiële patiëntenrechten ontzegd zou worden.¹⁶³⁶ Wegens de bijzondere aard van de gezondheidszorg bij orgaandonatie en met name de risico's van deze ingreep zou de toepassing van de bescherming van de Wet Patiëntenrechten juist *a fortiori* moeten opgaan.¹⁶³⁷ Een gehele uitsluiting van de donor uit het toepassingsgebied van de Wet Patiëntenrechten zou dan ook discriminerend zijn.¹⁶³⁸ De donor zal weliswaar een bijzondere patiënt zijn.¹⁶³⁹ Maar in wezen en feitelijk gaat het niettemin om een arts-patiëntrelatie. Orgaanwegname is “*un acte médical certes spécifique par sa nature, mais classique dans sa réalisation*”.¹⁶⁴⁰ Vóór de Wet Patiëntenrechten werd de term ‘patiënt’ trouwens ook al gebruikt voor levende donoren, die een orgaanwegname ondergingen.¹⁶⁴¹ Om alle discussie te vermijden, verdient het m.i. aanbeveling om in de wet te stipuleren dat iedere orgaandonor ook een patiënt in de zin van de Wet Patiëntenrechten is voor wat betreft de aspecten die niet in de Orgaantransplantatiewet geregeld zijn.

342. Er bestaat geen discussie wat betreft orgaanwegnemingen die kaderen in de behandeling van de donor zelf (wegname van een ziek orgaan, autotransplantatie en dominotransplantatie). Aangezien hierbij kan gesproken worden van een bevorderen of herstellen van de gezondheidstoestand zal de Wet Patiëntenrechten in deze gevallen zonder twijfel toepassing kunnen vinden. Voor dominotransplantatie zal ook de

¹⁶³³ T. VANSWEEVELT, o.c., *T. Gez.* 2003-04, (66) 70; H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 2005, 137, nr. 308; V. GAUCHÉ, o.c. in S. BRILLON et al. (eds.), *Mémento des droits du patient et de la responsabilité médicale*, 2003, (25) 31; Verslag GILKINET en BROUNS, *Parl. St. Kamer* 2001-02, nr. 50-1642/012, 56; S. CALLENS, “Gezondheidsrechtelijke vragen bij gebruik van cellen, weefsels, coupes en ander lichaamsmateriaal” in B. TILLEMANS en A. VERBEKE (eds.), *Actualia vermogensrecht. Liber amicorum KULAK. Als hulde aan Prof. dr. Georges Macours*, Brugge, Die Keure, 2005, (263) 265. Vgl. ook: Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2001-02, nr. 50-1642/001, 16 (m.b.t. experimenten); Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2009-10, nr. 52-2240/1 en nr. 52-2241/1, 21; Verslag BURGEON, *Parl. St. Kamer* 2009-10, nr. 52-2240/006, 89.

¹⁶³⁴ Vgl. T. GOFFIN, *De professionele autonomie van de arts*, 2011, 330, nr. 787.

¹⁶³⁵ Advies van 16 februari 2002 van de Nationale Raad over het voorontwerp van wet betreffende de rechten van de patiënt, www.ordomedic.be; V. GAUCHÉ, o.c. in S. BRILLON et al. (eds.), *Mémento des droits du patient et de la responsabilité médicale*, 2003, (25) 31.

¹⁶³⁶ T. VANSWEEVELT, o.c., *T. Gez.* 2003-04, (66) 71.

¹⁶³⁷ Ook in die zin: Verslag GILKINET en BROUNS, *Parl. St. Kamer* 2001-02, nr. 50-1642/012, 55-56.

¹⁶³⁸ Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2009-10, nr. 52-2240/1 en nr. 52-2241/1, 22. Zie ook: Opinion 2.16 – Organ Transplantation Guidelines, AMA Code of Medical Ethics, <http://www.ama-assn.org>, zowel de donor als de ontvanger als patiënt worden beschouwd en waar voor een gelijke bescherming wordt gepleit.

¹⁶³⁹ Vgl.: G. GENICOT, *Droit médical en biomédical*, 2010, 44; M. ABECASSIS et al., o.c., *JAMA* 2000, (2919) 2920: “donors become special ‘patients’ beginning with the testing to determine whether they can donate”; A. MAIORANO en F.P. SCHENA, “The dynamics of kidney donation: Viewpoints from the donor, the recipients, and the transplant team”, *Kidney international* 2008, vol. 73, (1108) 1109: “(...) the donor is as legitimately considered a patient as the transplant recipient and thus should be afforded the same level of care (...)”; B. DICKENS, “Donation and transplantation of organs and tissues” in A. GRUBB (ed.), *Principles of medical law*, Oxford, Oxford University Press, 2004 (2^{de} ed), (1025) 1058.

¹⁶⁴⁰ C. CHAUSSARD, “La jurisprudence *Bianchi* appliquée au donneur d’organes”, (noot onder Trib. Adm. Lyon 26 septembre 2006), *AJDA* 2007, (320) 323.

¹⁶⁴¹ Zie: H. NYS, “Legislative developments in Patients’ Rights in Belgium”, *EJHL* 1994, (137) 137. Zie ook: K. McK. NORRIE, “Human tissue transplants: legal liability in different jurisdictions”, *Int. & Comp. L.Q.* 1985, (442) 446 (vanuit aansprakelijkheidsperspectief).

Orgaantransplantatiewet als *lex specialis* van toepassing zijn,¹⁶⁴² zodat de Wet Patiëntenrechten als *lex generalis* enkel die aspecten regelt waarvoor de Orgaantransplantatiewet geen antwoord biedt.

C. De voorwaarde van toestemming

1. Grondslagen voor de toestemmingsvoorwaarde

343. In het opmerkelijke arrest van 23 september 1997 leek het hof van beroep te Gent de toestemming van het slachtoffer op zich als een mogelijke rechtvaardigingsgrond voor de aantasting van de fysieke integriteit te bestempelen.¹⁶⁴³ Het doel van de strafwet is echter niet het organiseren van persoonlijke genoegdoening of wraak, maar wel de bescherming van een ruimere sociale orde.¹⁶⁴⁴ Aangezien de strafwet van openbare orde is,¹⁶⁴⁵ kan men niet van artikel 398 e.v. Sw. in private overeenkomsten afwijken.¹⁶⁴⁶ Aldus aanvaardt de rechtsleer algemeen dat de toestemming van de patiënt het wederrechtelijk karakter van een fysieke aantasting in principe niet opzij zet en op zichzelf dus niet kan volstaan als grondslag voor de strafrechtelijke immuniteit.¹⁶⁴⁷ Het Hof van Cassatie heeft dit in zijn arrest van 6 januari 1998 (het SM-rechterarrest) bevestigd.¹⁶⁴⁸

344. Hoewel ze op zichzelf niet kan volstaan als rechtvaardigingsgrond, wordt de toestemming unaniem wel aanvaard als *één van de* voorwaarden voor de strafrechtelijke immuniteit van de arts.¹⁶⁴⁹ De toestemmingsvoorwaarde sluit aan bij het medisch-ethisch principe van de autonomie van de patiënt.¹⁶⁵⁰ Er bestaan ook verschillende juridische aanknopingspunten voor. Een van de belangrijkste aanknopingspunten is artikel 8 EVRM, dat het recht op eerbiediging van het privéleven bevat. De wetgever gaf bij de totstandkoming van de Orgaantransplantatiewet reeds het belang van deze bepaling aan.¹⁶⁵¹ Ook de Raad van State (afdeling wetgeving) heeft uitdrukkelijk erkend dat de regels betreffende orgaanwegneming bij

¹⁶⁴² Zie *supra* Deel II, Hoofdstuk III, Afd. 3, § 3.

¹⁶⁴³ Gent 23 september 1997, *AJT* 1997-98, 260, met afkeurende noot P. ARNOU.

¹⁶⁴⁴ D. ROMAN, *o.c.*, *D. chron.* 2007, (1284) 1290.

¹⁶⁴⁵ Zie *supra* Deel II, Hoofdstuk II, Afd. 1. Dat het een belang betreft dat ook private belangen raakt, verhindert het openbare orde-karakter niet. Zie: A. DIERICKX, *Toestemming en strafrecht*, 2006, 198, 200-201.

¹⁶⁴⁶ Art. 6 BW.

¹⁶⁴⁷ Zie o.a. R. TAHON, *o.c.*, *RDP* 1951-52, (323) 324, 329 en 339; X. RYCKMANS en R. MEERT-VAN DE PUT, *Les droit et les obligations des médecins, ainsi que des dentistes, accoucheuses et infirmières. Tome I*, 1971 (2^{de} ed.), 462, nr. 595; P. ARNOU, *o.c.*, *Jura Falc.* 1979-80, (431) 432; M.T. MEULDERS-KLEIN en B. MAINGAIN, *o.c.* in JOURNÉES D'ÉTUDES JURIDIQUES JEAN DABIN (ed.), *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs*, 1982, (215) 228; L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch Strafrecht*, 1990, 233-234, nrs. 392-393. F. SWENNEN, *o.c.*, *T. Gez.* 1997-98, (3) 8-9, nr. 24; A. DIERICKX, *Toestemming en strafrecht*, 2006, 119, 128 e.v. en 196-197.

¹⁶⁴⁸ Cass. 6 januari 1998, *Pas.* 1998, I, 11 en *Arr. Cass.* 1998, 10. Zie ook al: Corr. Brussel 27 september 1969, *JT* 1969, 635.

¹⁶⁴⁹ Zie o.a.: Cass. 14 december 2001, *Arr. Cass.* 2001, 2200, concl. Proc.-gen. DU JARDIN, *T. Gez.* 2001-02, 239, noot J.-L. FAGNART, *JLMB* 2002, 532, noot Y.-H. LELEU en G. GENICOT, *RGAR* 2002, nr. 1.494, noot R.O. DALCQ (nr. 13.488) en *JT* 2002, 261, noot C. TROUET; Brussel 5 april 1991, *RGAR* 1992, nr. 11.924; Corr. Brussel 27 september 1969, *JT* 1969, 635; R. DIERKENS, *Lichaam en lijk*, 1962, 45, nr. 64; J. MATTHIJS, *o.c.*, *RW* 1971, (161) 171, nr. 19; C. HENNAU-HUBLET, *L'activité médicale et le droit pénal*, 1987, 36, nr. 24; P. ARNOU, *o.c.* in A. HEYVAERT, R. KRUIHOF en T. VANSWEEVELT (eds.), *Juridische aspecten van de geneeskunde*, 1989, (163) 170, nr. 21; M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, *RW* 1986-87, (2401) 2403, nr. 3; F. SWENNEN, *o.c.*, *T. Gez.* 1997-98, (3) 8-9, nrs. 23 en 25; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2010, 91; C. VAN DEN WYNGAERT m.m.v. S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen. Deel I*, 2011 (8^{ste} ed.), 251; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Brussel, Larcier, 2005, 108, nr. 113; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, 2011 (13^{de} ed.), 129, nr. 272.

¹⁶⁵⁰ A. PASCALEV *et al.*, *o.c.* in F. AMBAGTSHEER en W. WEIMAR (eds.), *The EULOD Project*, 2013, (53) 61. Zie in het algemeen: P. SCHOTSMANS, *Handboek medische ethiek*, 2008, 68 e.v.

¹⁶⁵¹ Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220-9, 17. Zie ook: W. DREESSEN, "Orgaantransplantatie en mensenrechten", *Jura Falc.* 1984-85, (500) 506 en 512 e.v.

leven getoetst moeten worden aan artikel 8 EVRM.¹⁶⁵² In het SM-rechterarrest heeft het Hof van Cassatie bovendien de geoorloofdheid van sadomasochistische seksualiteitsbeleving - die net als orgaanwegneming bij leven een verregaande vorm van 'relatiebeleving' via aantasting van de fysieke integriteit is - getoetst aan deze verdragsbepaling. Hoewel het recht op privéleven ook in andere internationale documenten wordt gewaarborgd,¹⁶⁵³ lijkt artikel 8 EVRM voor België toch de belangrijkste mensenrechtelijke basis voor het recht op privéleven te zijn. De tweeledige structuur van deze bepaling reikt immers een goed denkschema aan om de draagwijdte van de bescherming af te bakenen.¹⁶⁵⁴ Bovendien kan haar naleving getoetst worden via het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, dat al heel wat rechtspraak over deze verdragsbepaling heeft gepubliceerd.

Het begrip 'privéleven' uit artikel 8, lid 1 EVRM wordt ruim geïnterpreteerd. Het omvat de fysieke, alsook de psychische of morele integriteit van de persoon.¹⁶⁵⁵ Als mensenrecht komt het recht op fysieke integriteit toe aan alle mensen, op basis van hun mens-zijn en hun menselijke waardigheid, en maakt het een onvervreemdbaar recht uit.¹⁶⁵⁶ Het recht op eerbiediging van de lichamelijke integriteit brengt een onthoudingsplicht voor de overheid met zich mee.¹⁶⁵⁷ Voor de burger heeft deze onthoudingsplicht van de overheid een tweevoudige implicatie. Enerzijds betekent het dat het individu zich kan verzetten tegen aantastingen van de fysieke integriteit (afweerrecht).¹⁶⁵⁸ Dit sluit aan bij de befaamde en gezaghebbende uitspraak van de Amerikaanse rechter Cardozo naar aanleiding van de wegneming van een tumor: *"Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body, and a surgeon who performs an operation, without his patient's consent, commits an assault for which he is liable in damages"*.¹⁶⁵⁹ Anderzijds brengt het recht op fysieke integriteit ten voordele van het individu de erkenning van het beginsel van persoonlijke autonomie met zich mee in de vorm van een zelfbepalingsrecht.¹⁶⁶⁰ In verband met dit

¹⁶⁵² Advies van de Raad van State bij het wetsontwerp tot wijziging van de wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 51-2680/1, 15.

¹⁶⁵³ Art. 12 Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens; art. 17 Internationaal Verdrag betreffende de Burgerlijke en Politieke Rechten van de mens. Naast deze mensenrechtelijke bescherming vindt het privéleven ook een grondrechtelijke bescherming in art. 22 GW, dat bij analogie met art. 8 EVRM geïnterpreteerd kan worden (Verslag LANDUYT, *Parl. St.*, Kamer, 1993-1994, nr. 997/5, 2; J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, *Handboek Belgisch publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2010, 447-450, nrs. 686-688).

¹⁶⁵⁴ In dezelfde zin: advies nr. 54 van 10 december 2012 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek betreffende de toestemming tot wegneming *post mortem* van menselijk lichaamsmateriaal met het oog op de geneeskundige toepassing op de mens of het wetenschappelijk onderzoek, <http://www.health.belgium.be>, 14.

¹⁶⁵⁵ EHRM, *X and Y v. The Netherlands*, 1985, <http://hudoc.echr.coe.int>; EHRM, *Costello Roberts v. The United Kingdom*, 1993, <http://hudoc.echr.coe.int>; EHRM, *Evans v. The United Kingdom*, 2007, <http://hudoc.echr.coe.int>; EHRM, *Bogumil c. Portugal*, 2009, <http://hudoc.echr.coe.int>; H.D.C. ROSCAM ABBING, "Artikel 8: recht op privéleven" in J.K.M. GEVERS (ed.), *Het EVRM en de gezondheidszorg*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1994, (105) 107; P. DE HERT, "Artikel 8. Recht op privacy" in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM. Deel 2. Artikelsgewijze commentaar. Vol. I*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 729-730, nr. 17.

¹⁶⁵⁶ S. SMITS et al., *Handboek mensenrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 15-17.

¹⁶⁵⁷ E.A. ALKEMA, "Het Europees verdrag voor de rechten van de mens (EVRM) en het Nederlandse recht" in J.K.M. GEVERS (ed.), *Het EVRM en de gezondheidszorg*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1994, (7) 8 en 19.

¹⁶⁵⁸ J. VELAERS, "Het menselijk lichaam en de grondrechten" in CENTRUM GRONDSLAGEN VAN HET RECHT (ed.), *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen, Maklu, 1996, (117) 130, nr. 13; P. DE HERT, o.c. in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM. Deel 2. Vol. I*, 2004, 722, nr. 13.

¹⁶⁵⁹ *Schloendorff v. The Society of the New York Hospital* [1914] 211 N.Y. 125.

¹⁶⁶⁰ EHRM, *Pretty v. The United Kingdom*, 2002, <http://hudoc.echr.coe.int>: "Although no previous case has established as such any right to self-determination as being contained in Article 8 of the Convention, the Court considers that the notion of personal autonomy is an important principle underlying the interpretation of its guarantees"; EHRM, *Jehovah's Witnesses of Moscow and others v. Russia*, 2010, <http://hudoc.echr.coe.int> (met verwijzing naar de Pretty-zaak); Cass. 6 januari 1998, *Pas.* 1998, I, 11 en *Arr. Cass.* 1998, 10; H.D.C. ROSCAM ABBING, o.c. in J.K.M. GEVERS (ed.), *Het EVRM en de gezondheidszorg*, 1994, (105) 105-106; L. VAN SLYCKEN, "Beschikkingsrecht van de minderjarige over eigen leven en lichaam" in CENTRUM GRONDSLAGEN VAN HET RECHT (ed.), *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen, Maklu, 1996, (243) 247-249, nrs. 5-8; H.J.J. LEENEN en J.K.M. GEVERS, *Handboek Gezondheidsrecht. Deel I. Rechten van mensen in de gezondheidszorg*, Houten, Bohn Stafleu Van Loghum, 2000 (4^{de} ed.), 32 e.v.; P. DE HERT, o.c. in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM. Deel 2. Vol. I*, 2004, 723; T. GOFFIN, *De professionele autonomie van de arts*, 2011, 447-450, nrs. 1023-1027. Zie ook: EHRM, *K.A. et A.D. c. Belgique*, 2005, <http://hudoc.echr.coe.int>, waar werd gesproken over een "droit de disposer

zelfbepalingsrecht stelde het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in de zaak *Pretty v. The United Kingdom* namelijk dat “*the ability to conduct one’s life in a manner of one’s own choosing may also include the opportunity to pursue activities perceived to be of a physically or morally harmful or dangerous nature for the individual concerned*”. De overheid kan zo verplicht worden om ruimte te laten voor beslissingen van de persoon over wat er gebeurt met diens lichaam, zelfs indien dit schadelijk kan zijn, zoals het toestemmen tot orgaanwegneming.¹⁶⁶¹ De persoon wordt als zodanig vermoed zelf het beste in staat te zijn om te beslissen wat goed voor hem is.¹⁶⁶²

Door op de aantasting van de fysieke integriteit bij wijze van slag of verwonding een strafrechtelijk verbod te plaatsen, onttrekt de wetgever in beginsel het recht op zelfbepaling over het lichaam aan het individu en laat enkel nog een afweerrecht over.¹⁶⁶³ Anders gezegd: de wetgever lijkt in het algemeen te vermoeden dat niemand op enige wijze ooit een aantasting van zijn fysieke integriteit bij wijze van slag of verwonding zou moeten of willen oplopen. Zoals gezegd, kan van dit principe worden afgeweken via een wettelijke toelating (art. 70 Sw.). Onder ‘wet’ verstaat men zowel de Belgische wet in materiële zin, als rechtstreeks werkende normen van internationaal recht.¹⁶⁶⁴ Bijgevolg kan artikel 8 EVRM dan een ‘wet’ zijn die voorziet in een toelating.¹⁶⁶⁵ Niet enkel het afweerrecht, maar ook het zelfbepalingsrecht moet in rekening worden gehouden. De uitoefening van dit recht manifesteert zich bij wijze van toestemming tot fysieke aantastingen. Deze toestemmingsvereiste werd ten aanzien van orgaanwegneming ook expliciet bevestigd in artikel 19, lid 1 EVRM-Bio en artikel 9 Transplantatieprotocol EVRM-Bio. Het recht op lichamelijke integriteit werd ook al erkend in artikel 3 HGEU, waar hieraan een recht op toestemming tot geneeskundige handelingen werd gekoppeld.

345. Naast artikel 8 EVRM speelt eveneens artikel 3 EVRM een rol inzake de bescherming van de fysieke integriteit tegen orgaanwegneming.¹⁶⁶⁶ Artikel 3 EVRM stelt dat niemand mag worden onderworpen aan foltering, noch aan onmenselijke of vernederende behandelingen of straffen. Overtreding van het verbod op foltering en onmenselijke of onterende behandeling werd in België als misdrijf omschreven in artikel 417*bis* e.v. Sw. Om zich te kunnen beroepen op een schending van artikel 3 EVRM, moet het individu het slachtoffer zijn van een handeling die onder de definitie van foltering, dan wel onmenselijke of vernederende behandeling of straf valt. Dit moet geval per geval worden nagegaan in het licht van de concrete omstandigheden en de actuele levensomstandigheden, waarbij zowel met de fysieke als de psychische impact op de

de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle” in het kader van de bestraffing sado-masochisme; H.J.J. LEENEN, *Rechten van mensen in de gezondheidszorg. Een gezondheidsrechtelijke studie*, Alphen aan den Rijn, Samson Uitgeverij, 1978, 24-30 en 36-40, waar deze auteur spreekt over een zelfbeschikkingsrecht.

¹⁶⁶¹ Vgl. W. DREESSEN, o.c., *Jura Falc.* 1984-85, (500) 512.

¹⁶⁶² D. ROMAN, o.c., *D. chron.* 2007, (1284) 1285.

¹⁶⁶³ R. VERSTRAETEN en F. VERBRUGGEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors. Deel I*, 2010-11 (4^{de} ed.), 69, nr. 240.

¹⁶⁶⁴ L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch Strafrecht*, 1990, 215, nr. 351; R. VERSTRAETEN en F. VERBRUGGEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors. Deel I*, 2010-11 (4^{de} ed.), 61, nr. 208; C. VAN DEN WYNGAERT m.m.v. S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen. Deel I*, 2011 (8^{ste} ed.), 247.

¹⁶⁶⁵ P. ARNOU, o.c., *AJT* 1997-98, (263) 264-265, nrs. 21-31; A. DIERICKX, *Toestemming en strafrecht*, 2006, 189. Vgl. ook C. TROUET, noot onder Cass. 14 december 2001, *JT* 2002, (261) 264; D. ROMAN, o.c., *D. chron.* 2007, (1284) 1290.

¹⁶⁶⁶ W. DREESSEN, o.c., *Jura Falc.* 1984-85, (500) 506 en 512 e.v.; J. VELAERS, o.c. in CENTRUM GRONDSLAGEN VAN HET RECHT (ed.), *Over zichzelf beschikken?* 1996, (117) 126-129, nrs. 10-11; M. BLUMBERG-MOKRI, “Convention de biomédecine et transplantation d’organes. Brèves considérations sur le protocole additionnel à la Convention sur les droits de l’homme et la biomédecine sur la transplantation d’organes et de tissus d’origine humaine du 24 janvier 2002”, *Les petites affiches* 2002, afl. 130, (5) 10; F. SUDRE, o.c. in J.-L. RENCHON (ed.), *Les droits de la personnalité*, 2009, (1) 19-20; A. HENDRIKS, “The Role of the Council of Europe and the European Union with Respect to Cross-border Aspects of Organ Transplantation” in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J.V. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2011, (32) 35 en 40.

persoon rekening mag worden gehouden.¹⁶⁶⁷ Ten aanzien van medische ingrepen kan in het algemeen worden gezegd dat de afwezigheid van toestemming van de patiënt en de afwezigheid van therapeutische noodzaak voor de patiënt belangrijke elementen zijn om van verboden wanbehandeling te kunnen spreken.¹⁶⁶⁸ Het feit dat er voor een orgaanwegneming geen toestemming moet worden gegeven, zou dus een schending van artikel 3 EVRM kunnen zijn. In het licht van onmenselijke behandeling worden bovendien gevaarlijke en onhygiënische ingrepen om culturele redenen, zoals genitale verminking, bedenkelijk geacht.¹⁶⁶⁹ Bij analogie zouden ook niet-therapeutische orgaanwegnemingen die plaatsvinden onder onverantwoorde omstandigheden, in het vizier van artikel 3 EVRM kunnen vallen.

346. Volgens W. Dreessen zouden ook artikel 9 EVRM (recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst) en artikel 10 EVRM (recht op vrijheid van meningsuiting) van belang zijn voor orgaanwegneming bij leven.¹⁶⁷⁰ Deze auteur vergat deze stelling evenwel nader te verduidelijken. Enige inspiratie kan gevonden worden bij de Amerikaanse auteur M.T. Morley, die orgaandonatie als een ‘expressie van naastenliefde’ aan het grondwettelijke recht op vrijheid van expressie koppelde.¹⁶⁷¹

Dergelijke gedachtegang is ligt niet voor de hand. Het zou m.i. kunstmatig zijn om de bescherming van de fysieke integriteit te gaan zoeken in mensenrechten die veeleer gericht zijn op de geestelijke levenssfeer. Bovendien is dergelijke redenering niet nodig, aangezien artikel 8 en 3 EVRM al voldoende waarborgen hiertoe bieden.

347. De mensenrechtelijke bescherming van de fysieke integriteit biedt in principe slechts bescherming in de verticale verhouding tussen burger en overheid. Weliswaar erkent het Europees Hof van de Rechten van de Mens soms ook een verplichting voor de overheid tot het nemen van de nodige maatregelen om het effectief genot van de rechten uit o.a. artikel 8 EVRM te waarborgen binnen de horizontale verhouding tussen burgers onderling.¹⁶⁷² Als zodanig wordt de onrechtstreekse derdenwerking van artikel 8 EVRM erkend en sijpelt deze verdragsbepaling de privaatrechtelijke sfeer binnen.¹⁶⁷³ De schending van het recht op fysieke integriteit kan dus niet enkel bestaan door het interfererend handelen, maar ook door het nalaten van de overheid(-sorganen), inclusief het laten bestaan, dan wel het laten ontbreken van wetsbepalingen.¹⁶⁷⁴

¹⁶⁶⁷ EHRM, *Costello Roberts v. The United Kingdom*, 1993, <http://hudoc.echr.coe.int>; EHRM, *Pretty v. The United Kingdom*, 2002, <http://hudoc.echr.coe.int>; EHRM, *Bogumil c. Portugal*, 2009, <http://hudoc.echr.coe.int>; J.K.M. GEVERS, “Artikel 3” in J.K.M. GEVERS (ed.), *Het EVRM en de gezondheidszorg*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1994, (41) 42-44 en 53-54; Y. HAECK en V. STAELENS, “Artikel 3. Verbod van foltering en onmenselijke of vernederende behandelingen of straffen” in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM. Deel 2. Artikelsgewijze commentaar. Vol. I*, Antwerpen, Intersentia, 2004, (123) 130-132, nrs. 6-9 en 135 e.v., nr. 16 e.v.

¹⁶⁶⁸ ECRM, *X. v. Denmark*, 1983, <http://hudoc.echr.coe.int>; J.K.M. GEVERS, o.c. in J.K.M. GEVERS (ed.), *Het EVRM en de gezondheidszorg*, 1994, (41) 53-54; S. DEWULF, *The Signature of Evil. (Re)Defining Torture in International Law*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 320-322; Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, 1 February 2013, A/HRC/22/53, <http://www.ohchr.org>, nr. 32. Vgl. ook art. 7 IVBPR.

¹⁶⁶⁹ S. DEWULF, *The Signature of Evil*, 2011, 324-325.

¹⁶⁷⁰ Zie ook: W. DREESSEN, o.c., *Jura Falc.* 1984-85, (500) 506 en 512 e.v.

¹⁶⁷¹ M.T. MORLEY, “Increasing the supply of organs for transplantation through paired organ exchanges”, *Yale L. & Pol’y Rev.* 2003, (221) 247 en 258-259.

¹⁶⁷² EHRM, *X and Y v. The Netherlands*, 1985, <http://hudoc.echr.coe.int>; EHRM, *Evans v. The United Kingdom*, 2007, <http://hudoc.echr.coe.int>; J. VELAERS, o.c. in CENTRUM GRONDSLAGEN VAN HET RECHT (ed.), *Over zichzelf beschikken?* 1996, (117) 131-132, nrs. 14-15; C. TROUET, *Van lichaam naar lichaamsmateriaal: recht en het nader gebruik van cellen en weefsels*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 376-378, nrs. 667-671.

¹⁶⁷³ E. GULDIX en A. WYLLEMAN, “De positie en de handhaving van persoonlijkheidsrechten in het Belgisch privaatrecht”, *TPR* 1999, (1589) 1612, nr. 16 en 1618, nr. 17.

¹⁶⁷⁴ J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM. Deel 1. Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 124-125, nr. 35; P. DE HERT, o.c. in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM. Deel 2. Vol. I*, 2004, 712-715, nr. 4.

Een meer expliciete erkenning van het recht op fysieke integriteit binnen de horizontale verhoudingen tussen burgers onderling is te vinden in de leer van de persoonlijkheidsrechten. Het begrip ‘persoonlijkheidsrechten’ is een verzamelnaam voor de fundamentele rechten die de essentiële, constitutieve elementen van de persoonlijkheid van het individu beschermen.¹⁶⁷⁵ Het lichaam, met al haar bestanddelen (bv. organen), is zo’n essentieel attribuut van de persoon en valt daarom onder deze persoonlijkheidsrechtelijke bescherming in vorm van een recht op fysieke integriteit. Dit werd reeds door het Belgische Hof van Cassatie, alsook door de rechtsleer erkend.¹⁶⁷⁶ Zoals bij het mensenrecht op fysieke integriteit wordt ruim aanvaard dat het persoonlijkheidsrecht betreffende de fysieke integriteit niet enkel een afweerrecht tegen ongewilde aantasting van het lichaam, maar ook een zelfbepalings- of zelfbeschikkingsrecht over het lichaam en haar bestanddelen inhoudt.¹⁶⁷⁷

Hoewel persoonlijkheidsrechten, in tegenstelling tot mensenrechten, in wezen een doctrinale en jurisprudentiële constructie zijn, kan een bevestiging ervan niettemin in sommige wetteksten teruggevonden worden. Zo was de Belgische wetgever blijkbaar van het bestaan van het recht op fysieke integriteit uitgegaan bij het regelen van orgaanwegneming.¹⁶⁷⁸ De Orgaantransplantatiewet stelt de toestemming van de donor dan ook voorop als voorwaarde voor orgaanwegneming bij leven (art. 5 en 7 Orgaantransplantatiewet). De toestemmingsvoorwaarde wordt verder uitgewerkt in artikelen 8 en 9 Orgaantransplantatiewet. Deze bepalingen kunnen beschouwd worden als de wettelijke uitwerking van het recht op fysieke integriteit, incl. het zelfbepalingsrecht.¹⁶⁷⁹ Overtreding van deze toestemmingsvoorwaarde vormt een specifiek wanbedrijf, dat volgens artikel 17, § 3, lid 1 Orgaantransplantatiewet kan worden bestraft met een gevangenisstraf en/of een geldboete.¹⁶⁸⁰ Voor gezondheidszorgverstrekkingen in het algemeen is de toestemmingsvoorwaarde terug te vinden in artikel 8 Wet Patiëntenrechten. Artikel 5 Wet Patiëntenrechten vermeldt zelfs uitdrukkelijk het principe van ‘zelfbeschikking’.

¹⁶⁷⁵ Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Brussel, Larcier, 2005, 95, nr. 102; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010 (1^{ste} ed.), 62, nr. 95. Mensenrechten beperken zich daarentegen niet enkel tot de persoonlijkheid (bv. art. 1 Eerste Protocol EVRM: het recht op eigendom).

¹⁶⁷⁶ Cass. 14 december 2001, *Arr. Cass.* 2001, 2200, concl. Proc.-gen. DU JARDIN, *T. Gez.* 2001-02, 239, noot J.-L. FAGNART, *JLMB* 2002, 532, noot Y.-H. LELEU en G. GENICOT, *RGAR* 2002, nr. 1.494, noot R.O. DALCQ (nr. 13.488) en *JT* 2002, 261, noot C. TROUET; J.M.M. MAEIJER, o.c., *TPR* 1969, (153) 156; C.F. WERY, “Beschikken over eigen lichaam en lichaamsdelen”, *Ars Aequi* 1976, (305) 306; H. DE PAGE en J.P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge. Tome II. Les personnes. Vol. I*, Brussel, Bruylant, 1990, 24, nr. 14 en 44 e.v.; C. TROUET, *Van lichaam naar lichaamsmateriaal*, 2003, 341, nr. 616; H.J.J. LEENEN en J.K.M. GEVERS, *Handboek Gezondheidsrecht. Deel I. Rechten van mensen in de gezondheidszorg*, Houten, Bohn Stafleu Van Loghum, 2000 (4^{de} ed.), 47-48; E. GULDIX en A. WYLLEMAN, o.c., *TPR* 1999, (1589) 1626, nr. 22; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Brussel, Larcier, 2005, 107, nr. 111; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, 2011 (13^{de} ed.), 122, nr. 255 en 125-128, nrs. 265-270; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2010, 107-109.

¹⁶⁷⁷ Zie o.a.: R. DIERKENS, *Lichaam en lijk*, 1962, 34, nr. 44 en 40-41, nr. 52; L. BOSMAN en M.L. LEROY-SWAANS, o.c., *Rev. Méd. Liège* 1968, (588) 589; J. PAUWELS, *Beginnelen van personen- en familierecht. Deel 2*, Leuven, Acco, 1985, 119; W. DREESSEN, o.c., *Jura Falc.* 1984-85, (500) 515, 507-508; J. ROBERT, “Rapport sur le corps humain et la liberté individuelle en droit français” in TRAVAUX DE L’ASSOCIATION HENRI CAPITANT XXVI, *Le corps humain et le droit (journées belges)*, Parijs, Dalloz, 1975, (463) 468 e.v.; Y.-H. LELEU en G. GENICOT, “o.c.”, *JT* 1999, (589) 592, nrs. 2 en 13; J. TER HEERDT, *Het experiment beproefd*, 2000, nr. 248; H.J.J. LEENEN en J.K.M. GEVERS, *Handboek Gezondheidsrecht. Deel I. Rechten van mensen in de gezondheidszorg*, Houten, Bohn Stafleu Van Loghum, 2000 (4^{de} ed.), 32 e.v.; A. DIERICKX, *Toestemming en strafrecht*, 2006, 203, die spreekt over een recht op zelfbepaling zonder aan het begrip ‘recht’ een afdwingbaar karakter toe te kennen; E. DELBEKE, *Juridische aspecten van zorgverlening aan het levenseinde*, 2012, 1103-1106, nr. 2017 en nrs. 2020-2022; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, 2011 (13^{de} ed.), 126, nrs. 265-266; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 2010 (1^{ste} ed.), 62, nr. 95; C. TROUET, *Van lichaam naar lichaamsmateriaal*, 2003, 55-58, nrs. 82-84.

¹⁶⁷⁸ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 1984-1985, nr. 832-1, 2.

¹⁶⁷⁹ L. VAN SLYCKEN, o.c. in CENTRUM GRONDSLAGEN VAN HET RECHT (ed.), *Over zichzelf beschikken*, 1996, (243) 250, nr. 9; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, 2011 (13^{de} ed.), 128, nr. 271 en 138, nr. 295; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 2010 (1^{ste} ed.), 67, nr. 107; J. MAEIJER, “Transplantatie van organen: opnieuw bezien”, *TPR* 2008, (1) 3; R. DEKKERS en A. WYLLEMAN, *Handboek burgerlijk recht. Deel I. Personen- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 117.

¹⁶⁸⁰ Zie ook: Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 1984-1985, nr. 832-1, 12.

348. *Pro memorie*: het levende menselijke lichaam wordt naar Belgische recht niet als een zaak beschouwd, zodat het geen voorwerp van een eigendomsrecht (art. 544 BW) kan uitmaken.¹⁶⁸¹ Het eigendomsrecht kan hier dus niet kunnen worden aangewend als grondslag voor de zeggenschap inzake orgaanwegneming bij leven.

2. Gedwongen orgaanwegneming?

349. Het orgaantekort vormt een grote hinderpaal voor orgaantransplantatie. Als iedere potentiële levende donor effectief zou doneren, dan zou dit orgaantekort wellicht sterk kunnen worden ingedijkt, zo niet volledig worden weggewerkt. Zo zouden vele levens gered of sterk verbeterd kunnen worden. Dergelijk scenario staat echter ver van de realiteit aangezien niet iedere potentiële donor ook *wil* doneren. In die zin kan men de toestemmingsvoorwaarde beschouwen als een belemmering voor orgaantransplantatie. *De lege ferenda* kan bijgevolg worden afgevraagd of orgaanwegneming toch niet in bepaalde gevallen zou moeten kunnen geschieden buiten de wil van de donor om (gedwongen orgaanwegneming). Zo kan een persoon reeds verplicht worden tot bloedwegneming voor een bloedproef in het raam van dronkenschap achter het stuur onder bestraffing van weigering¹⁶⁸² of tot de afname van menselijk celmateriaal op bevel van de onderzoeksrechter met het oog op een vergelijkend DNA-onderzoek.¹⁶⁸³ Deze inbreuken op het zelfbepalingsrecht worden gerechtvaardigd geacht omwille van het algemeen belang.¹⁶⁸⁴

350. Voor de vraag naar gedwongen orgaanwegneming bij leven kan de motivering in de Amerikaanse zaak *McFall v. Shimp*¹⁶⁸⁵ als richtinggevend worden beschouwd. Het betrof een vordering van een patiënt met een zeldzame beenmergziekte teneinde te bevelen dat de verweerder beenmerg zou moeten afstaan voor transplantatie bij deze patiënt. Het *Court of Common Pleas* wees erop dat het respect voor het individu als ‘eerste principe’ geldt en dat de samenleving en de overheid het binnendringen of kwetsen van het individu moeten beschermen. Hoewel het Hof stelde dat ze de weigering van de verweerder moreel onaanvaardbaar achtte,¹⁶⁸⁶ werd geoordeeld dat wegens het grote respect voor het individu het recht geen indringing van het lichaam kan afdwingen.¹⁶⁸⁷ Anders zou men alle houvast verliezen. Of zoals het Hof stelde: “*Such [forcible extraction] would raise the spectre of the swastika and the Inquisition, reminiscent of the horrors this portends*”.

Autonomie is als basiswaarde te diep in onze samenleving genesteld opdat iemand ooit tot het ondergaan van een orgaanwegneming bij leven verplicht kan worden.¹⁶⁸⁸ Dergelijke

¹⁶⁸¹ Zie *supra* Deel III, Hoofdstuk I, Afd. 1, § 2, B.

¹⁶⁸² Art. 34, § 2, 3° Wet van 16 maart 1968 betreffende de politie over het wegverkeer, BS 27 maart 1968.

¹⁶⁸³ Art. 90 *undecies*, § 1 Sv. Zie uitgebreider: C. DESMET, “Het menselijk lichaam als bewijsmiddel in strafzaken”, *T. Gez.* 2006-07, (86) 94-96.

¹⁶⁸⁴ T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, Antwerpen, Maklu, 1992, 322, nr. 420.

¹⁶⁸⁵ *McFall v. Shimp*, 1978 WL 255 (Pa.Com.Pl.).

¹⁶⁸⁶ Zie de kritiek op dit morele verwijt in A. LIU, “Human Organ Transplant Ordinance: Facilitating Adult Live Donor Transplants?” in M. FREEMAN en A. D.E. LEWIS, *Law and medicine*, Oxford, Oxford University Press, 2000, (473) 482.

¹⁶⁸⁷ In dezelfde zin: *George* (1981), 625 S.W.2d 151, waarbij de rechter stelde dat niemand kon gedwongen worden om toe te stemmen in het vrijgeven van medische informatie met het oog op compatibiliteitstesten voor beenmergdonatie (maar waar de rechter het wel aanvaardbaar achtte dat de rechtbank als tussenpersoon fungeert tussen de geadopteerde patiënt en zijn natuurlijke ouders, die een goede match zouden kunnen zijn, maar wiens naam geheim wordt gehouden).

¹⁶⁸⁸ D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 234. In gelijke zin: R. MUNSON, *o.c.* in B. STEINBOCK (ed.), *The Oxford handbook of bioethics*, 2007, (211) 235-236.

fysieke aantasting is té indringend in de persoonlijke levenssfeer om buiten de wil van de donor te kunnen plaatsvinden, zelfs indien het uitblijven van een transplantatie ernstige gevolgen voor de ontvanger zou hebben. Deze visie vindt steun in de rechtspraak van het Belgische Hof van Cassatie, dat al geruime tijd het verbod op fysieke dwanguitoefening erkent als algemeen rechtsbeginsel.¹⁶⁸⁹ Ze weerspiegelt zich ook in artikel 422bis Sw. De bepaling bevat een verplichting op straffe van gevangenisstraf en/of geldboete hulp te verlenen aan zij die in groot gevaar verkeren, wat een ernstige, reële en actuele dreiging van de aantasting van onder meer de fysieke integriteit betekent.¹⁶⁹⁰ Deze hulpverplichting houdt evenwel op indien de verzuimer niet kon helpen zonder ernstig gevaar voor zichzelf. De risico's van een orgaanwegneming kunnen zonder twijfel als zo'n ernstig gevaar worden beschouwd.¹⁶⁹¹ De utilitaristische benadering dat het 'opofferen' van één persoon om meerdere ontvangers te redden kwantitatief voordelig kan zijn, zou in de huidige maatschappelijke context geen stand houden maar veeleer een negatieve impact op de samenleving in haar geheel hebben.¹⁶⁹² In de huidige maatschappelijke context kan de gedwongen orgaanwegneming bij leven met het oog op een transplantatie dus niet gerechtvaardigd worden geacht, zo luidt terecht de unanieme rechtsleer.¹⁶⁹³ Een arts kan in principe dus bv. niet naar aanleiding van een andere operatie een (gezond) orgaan wegnemen voor transplantatie bij een andere patiënt.¹⁶⁹⁴ Evenmin kan iemand die het orgaan van een ander beschadigt, verplicht worden om bij wijze van schadevergoeding *in natura* zijn eigen orgaan af te staan.¹⁶⁹⁵

351. Op het verbod op gedwongen orgaanwegneming bestaat één belangrijke nuance. Overeenkomstig artikel 8, § 5 Wet Patiëntenrechten geldt dat een arts *zonder voorafgaande toestemming van de patiënt* medische handelingen mag stellen in het onmiddellijke belang van de gezondheid van die patiënt, indien er sprake is van een spoedgeval en er geen duidelijkheid bestaat over de al dan niet voorafgaande wilsuitdrukking van de patiënt of diens vertegenwoordiger. De wegneming van een ziek orgaan of een autotransplantatie zou in spoedgevallen bijgevolg zonder toestemming van de patiënt kunnen plaatsvinden.

3. Privaatrechtelijke gevolgen van de toestemming

a. Verhouding tussen levende donor en arts/ziekenhuis

352. De toestemming van de donor draagt niet enkel bij tot de strafrechtelijke immuniteit, maar is ook van belang voor de privaatrechtelijke verhouding tussen de donor en de zorgverstrekkers. De toestemming is namelijk één van de voorwaarden die leidt tot de

¹⁶⁸⁹ Cass. 7 maart 1975, *Arr. Cass.* 1975, 764. Bevestigd in o.a.: Cass. 25 februari 1997, *T. Gez.* 2000-01, 34, noot N. COLLETTE-BASECQZ; Cass. 31 januari 2001, *T. Gez.* 2002-03, 158, noot F. BLOCKX. Zie ook ethisch: Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 34.

¹⁶⁹⁰ J. DE HERDT, *Fysiek interpersoonlijk geweld*, 2014, 163 en 165 en de verwijzingen daar.

¹⁶⁹¹ Vgl. D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 235.

¹⁶⁹² Vgl. J. HERRING, *Medical law and ethics*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 373-374.

¹⁶⁹³ Zie naast de auteurs in de vorige voetnoten ook: A. DEMOOR, o.c., *Jura Falc.* 76-77, (69) 81; H.J.J. LEENEN, "Gezondheidsrechtelijke aspecten van orgaantransplantatie", *NJB* 1978, (871) 875; S. PERRICK, o.c., *TvGR* 1979, (141) 144; W. DREESSEN, o.c., *Jura Falc.* 1984-85, (500) 512 en 515, met verwijzing naar art. 2, 3 en 8 EVRM; T. GRUEL, *Le droit ébranlé par les manipulations du corps*, 2002, 500, nr. 899; K. HEALY en K.D. KRAWIEC, "Custom, Contract, and Kidney Exchange", *Duke L.J.* 2012, (645) 663.

¹⁶⁹⁴ X. RYCKMANS en R. MEERT-VAN DE PUT, *Les droit et les obligations des médecins, ainsi que des dentistes, accoucheuses et infirmières. Tome I*, 1971 (2^{de} ed.), 468; N. NEFUSSY-LEROY, *Organes humains: prélèvements, dons, transplantations*, Parijs, Eska, 1999, 124, nr. 229.

¹⁶⁹⁵ J.-P. DOLL, *La discipline des greffes, des transplantations et des autres actes de disposition concernant le corps humain*, Parijs, Masson, 1970, 80-81.

totstandkoming van een overeenkomst (art. 1108 BW). In navolging van het *Mercier*-arrest van het Franse Hof van Cassatie¹⁶⁹⁶ wordt ook in België algemeen aanvaard dat de verhouding tussen patiënt en arts van contractuele aard kan zijn.¹⁶⁹⁷ Dergelijke behandelingsovereenkomst houdt in wezen in dat de arts zich ertoe verbindt de patiënt te behandelen, terwijl de patiënt zich ertoe verbindt de geleverde prestaties te vergoeden (ook al betaalt de ziekteverzekering van de patiënt achteraf de prestaties terug).¹⁶⁹⁸ Om dergelijke contracten aan te gaan, is naast de toestemming ook vereist dat de contractant voldoende bekwaam is en dat de verbintenissen een bepaald, geoorloofd voorwerp en een geoorloofde oorzaak hebben (art. 1108 BW).

Het bekwaamheidsvereiste roept ten aanzien van de levende orgaandonor geen principiële bezwaren op. Verder kan de orgaanwegneming als bepaald voorwerp in de zin van artikel 1126 e.v. BW (een verbintenis om iets te doen) gekwalificeerd worden.¹⁶⁹⁹ Het oogmerk om een ontvanger te helpen via orgaanwegneming en -transplantatie, is dan de oorzaak van de overeenkomst.¹⁷⁰⁰ Zoals gezegd is de aantasting van de fysieke integriteit bij wijze van slag of verwonding strijdig met de openbare orde en in principe dus onttrokken aan de contractvrijheid (art. 6 en artt. 1131-1133 BW). Doordat de Orgaantransplantatiewet orgaanwegneming bij leven voor transplantatie echter wettelijk toelaat, zal deze wegneming met transplantatieoogmerk logischerwijze wél een geoorloofd voorwerp en oorzaak zijn. Bijgevolg kan de donor een *orgaanwegnemingsovereenkomst* aangaan.¹⁷⁰¹ De zorgverstrekker verbindt zich dan typisch ertoe het orgaan weg te nemen voor transplantatiedoeleinden en de daarmee gepaard gaande zorgen aan de donor te verstrekken, terwijl de donor zich ertoe verbindt om het orgaan zonder vergoeding voor zichzelf (om niet) te laten wegnemen de prestaties van de zorgverstrekker te vergoeden. Deze overeenkomst moet worden onderscheiden van de transplantatie-overeenkomst tussen ontvanger en arts/ziekenhuis.¹⁷⁰²

Het recht op fysieke integriteit, dat aan de basis van de toestemming ligt, houdt weliswaar in dat een persoon in principe niet verplicht kan worden tot orgaanwegneming. Hoe valt dit te verenigen met de bindende kracht van overeenkomsten? In navolging van de meeste auteurs kan de herroeping van de toestemming worden gekwalificeerd als een ontbindende voorwaarde (art. 1183 BW) van de orgaanwegnemingsovereenkomst. Een ontbindende voorwaarde mag immers van de kant van zowel de schuldenaar, als de schuldeiser potestatief (d.w.z. enkel afhankelijk van zijn wil; art. 1170 BW) zijn, aangezien dit in tegenstelling tot een

¹⁶⁹⁶ Cass. fr. 20 mei 1936, *D. P.* 1936, I, 88, concl. MATTER en noot E.P.

¹⁶⁹⁷ T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, 1992, nrs. 13 e.v.; H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 2005, 143, nr. 322; T. GOFFIN, "De medische behandelingsovereenkomst" in E. DIRIX en A. VAN OEVELEN (eds.), *Bijzondere overeenkomsten: commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, 2011, *currens*, losbl., 4 e.v., nrs. 6 e.v. Schijnbaar *contra*: G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2010, 96-97 en 100-101 en 103-110, die niettemin wijst op de ruime aanvaarding, maar voorstelt om de focus te leggen op patiëntenrechten en meer bepaald het recht op fysieke integriteit als basis..

¹⁶⁹⁸ T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, 1992, nr. 30; T. GOFFIN, "De medische behandelingsovereenkomst" in E. DIRIX en A. VAN OEVELEN (eds.), *Comm. Bijz.*, 2011, *currens*, losbl., 4, nr. 6.

¹⁶⁹⁹ A. CHARAF ELDINE, "Les prélèvements d'organes. Commentaire de la loi n° 76-1181 du 22 déc. 1976", *Rev. Dr. Sanit.* 1978, (445) 455.

¹⁷⁰⁰ Vgl. W. VAN GERVEN m.m.v. S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2010 (3^{de} ed.), 137.

¹⁷⁰¹ Zie over het bestaan van dergelijke overeenkomst: M.T. MEULDERS-KLEIN en B. MAINGAIN, *o.c.* in JOURNÉES D'ÉTUDES JURIDIQUES JEAN DABIN (ed.), *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs*, 1982, (215) 241, nr. 32; E. DIRIX, "Grondrechten en overeenkomsten" in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, (35) 72, nr. 30 en 73-74, nr. 32; A. VAN OEVELEN en A. DE BOECK, "De begrenzing van de contractuele vrijheid ten aanzien van de beschikkingsmacht over het menselijk lichaam" in CENTRUM GRONDSLAGEN VAN HET RECHT (ed.), *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen, Maklu, 1996, (305) 344, nr. 71 en 345-348, nrs. 72-76, die ook wijst op de therapeutische noodzaak of nut en het evenredigheidsprincipe; T. GOFFIN, "De medische behandelingsovereenkomst" in E. DIRIX en A. VAN OEVELEN (eds.), *Comm. Bijz.*, 2011, *currens*, losbl., 14, nr. 22; N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, Antwerpen, Intersentia, 2015, nrs. 141 en 142. Zie ook: H.J.J. LEENEN, J.C.J. DUTE, J. LEGEMAATE et al., *Handboek gezondheidsrecht*, 2014 (6^{de} ed.), 79.

¹⁷⁰² Zie ook: *Malik v. William Beaumont Hospital*, 423 N.W.2d 920 (Mich.App. 1988).

opshortende potestatieve voorwaarde langs de kant van de schuldenaar (art. 1174 BW) geen probleem geeft voor het bestaan van de verbintenis.¹⁷⁰³ T. Goffin bevestigt het herroepingsrecht, maar ziet dit veeleer als een stilzwijgend bedongen opzegbeding.¹⁷⁰⁴ Hoe dan ook is er een herroepingsrecht van de donor erkend in artikel 8, § 1 Orgaantransplantatiewet, waardoor een specifieke wettelijke uitzondering op de verbindende kracht van overeenkomsten wordt voorzien (cf. art. 1134, lid 2 BW). De toestemming tot orgaanwegneming zal aan de arts dus geen absoluut recht op orgaanwegneming geven.¹⁷⁰⁵

353. Met wie gaat de donor een orgaanwegnemingsovereenkomst aan? Het is van belang te herinneren dat orgaanwegneming bij leven enkel in een universitair ziekenhuis met erkend transplantatiecentrum kan plaatsvinden en enkel door een arts van dat transplantatiecentrum mag worden uitgevoerd.¹⁷⁰⁶ Telkens moet *in concreto* onderzocht worden of enkel met het ziekenhuis, dan wel enkel of tegelijk met een arts werd gecontracteerd,¹⁷⁰⁷ en welke verbintenissen er precies werden opgenomen door de contractanten. Zo zal het ziekenhuis normaal instaan voor het logement, de voeding, de infrastructuur, alsook de verpleging ('*arts-out-contract*'), maar soms ook voor de medische prestaties die door artsen zullen worden uitgevoerd ('*all-in-contract*').¹⁷⁰⁸ De rechtsverhouding zal daarentegen buitencontractueel zijn indien er bv. sprake is van een publiekrechtelijke, reglementaire verhouding.¹⁷⁰⁹

Zelfs indien de donor enkel zou contracteren met de wegnemingschirurg, dan nog vereist de wegnemingsingreep teamwerk. Verschillende beroepsbeoefenaars uit verschillende disciplines moeten samenwerken. Het is niet uitgesloten dat de patiënt ook met deze andere beroepsbeoefenaars (bv. de anesthesist) een overeenkomst sluit. Deze overeenkomsten worden in de rechtspraak en rechtsleer evenwel gebaseerd op uiteenlopende grondslagen.¹⁷¹⁰

354. Het belang van een orgaanwegnemingsovereenkomst moet genuanceerd worden. Waar vroeger de relatie tussen arts en patiënt, met name de rechten en plichten van partijen, uit de overeenkomst voortspuiten,¹⁷¹¹ wordt deze verhouding vandaag voornamelijk door wetgeving

¹⁷⁰³ T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, 1992, nr. 16; H. VANDENBERGHE, "Medische aansprakelijkheid" in H. VANDENBERGHE (ed.), *De professionele aansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2004, 11-12, nr. 25; M. VAN QUICKENBORNE, o.c., *RW* 1986-87, (2401) 2410, nr. 13; W. VAN GERVEN m.m.v. S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, 2010 (3^{de} ed.), 532.

¹⁷⁰⁴ T. GOFFIN, "De medische behandelingsovereenkomst" in E. DIRIX en A. VAN OEVELEN (eds.), *Comm. Bijz.*, 2011, *currents*, losbl., 38-39, nrs. 77-78 en 41, nr. 83. Volgens deze auteur zou het inlassen van een ontbindende voorwaarde ertoe leiden dat ook de arts (als schuldenaar van de behandelingsverbintenis) de overeenkomst steeds zou mogen opzeggen, zonder instemming van de patiënt. Het opzegbeding zou beter aan de realiteit tegemoetkomen, omdat dit toelaat te bepalen wie mag opzeggen. Nochtans kan evengoed worden verondersteld dat enkel de wil van de patiënt als ontbindende voorwaarde geldt. Evenzo kan de ontbindende voorwaarde langs de kant van de arts aan nog andere elementen dan zijn wil gekoppeld worden.

¹⁷⁰⁵ H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, Mechelen, Kluwer, 2005, 515, nr. 1204.

¹⁷⁰⁶ Art. 3, § 3 Orgaantransplantatiewet. Zie uitvoeriger *supra* Deel III, Hoofdstuk II, Afd. 1, § 2, A.2.a.

¹⁷⁰⁷ G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2010, 97-98.

¹⁷⁰⁸ T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, 1992, nrs. 20 e.v.; H. VANDENBERGHE, o.c. in H. VANDENBERGHE (ed.), *De professionele aansprakelijkheid*, 2004, 12-13, nrs. 27-28. Zie ook: T. GOFFIN, "De medische behandelingsovereenkomst" in E. DIRIX en A. VAN OEVELEN (eds.), *Comm. Bijz.*, 2011, *currents*, losbl., 19-23, nrs. 36-41, die het ziekenhuiscontract steeds kwalificeert als een meerpartijenovereenkomst, meer bepaald een samenwerkingsovereenkomst, wat als voordeel zou hebben een duidelijke 'kapstok' te bieden voor de verschillende verbintenissen, een duidelijke samenhang te onderstrepen en een zo één soort overeenkomst naar voren te schuiven die toch kan worden aangepast naargelang de reële noden.

¹⁷⁰⁹ Met name in de universitaire ziekenhuizen van Gent en Luik zal het in principe gaan om een publiekrechtelijke verhouding. Zie immers KB nr. 542 van 31 maart 1987 houdende de organisatie, de werking en het beheer van de rijksuniversitaire ziekenhuizen van Gent en Luik, *BS* 16 april 1987. Zie voor een ruimer overzicht van mogelijke buitencontractuele verhoudingen: T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, 1992, nrs. 53 e.v.

¹⁷¹⁰ Zie: N. BROECKX, "De aansprakelijkheid van een (oog)arts voor de fout van een anesthesist-hulp persoon", (noot onder Brussel 22 juni 2010), *T. Gez.* 2012-13, (321) 324-325 en de verwijzingen daar.

¹⁷¹¹ Vgl. J.-M. HUBAUX, *Les droits et obligations du patient*, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 1998, 21.

geregeld. Met name de Orgaantransplantatiewet is van groot belang voor de orgaanwegneming bij leven. Deze wet geldt ongeacht of er al dan niet een contract bestaat. Ook de Wet Patiëntenrechten is van toepassing op zowel contractuele, als buitencontractuele rechtsverhoudingen tussen beroepsbeoefenaars en patiënten.¹⁷¹² Sommigen achten de overeenkomst vooral van belang als basis voor de verplichting van de patiënt tot betaling van het honorarium.¹⁷¹³ Maar artikel 35 Wet Uitoefening Gezondheidszorgberoepen waarborgt reeds het recht van de arts op honorarium, ongeacht of er een contract bestaat. Het bestaande gezondheidsrechtelijke reguleringsapparaat zwakt het belang van een contract dus sterk af. Weliswaar kunnen de partijen nog wel hun contractvrijheid aanwenden om hun verhoudingen preciezer dan de wet te regelen in zoverre dit niet strijdig is met de Orgaantransplantatiewet. Ook kan het algemene verbintenissenrecht desgevallend aangewend worden als bijkomende bron van antwoorden op juridische problemen.

Verder bestaat er een verschil tussen de contractuele en de buitencontractuele burgerrechtelijke aansprakelijkheid. Maar ook dit verschil mag niet overroepen worden. De verschilpunten tussen het contractueel en buitencontractueel aansprakelijkheidsregime zijn beperkt en doorgaans veeleer van technische aard.¹⁷¹⁴ Het belangrijkste verschil lijkt te zijn gelegen op het vlak van de verjaring van de aansprakelijkheidsvordering.¹⁷¹⁵ Het aantonen van een contract kan bijvoorbeeld ook voordelig zijn om de contracterende chirurg als centraal aanspreekpunt te gebruiken voor fouten begaan door teamleden, indien men niet kan bewijzen welk teamlid de fout juist heeft begaan en indien men geen beroep kan doen op de buitencontractuele aanstellersaansprakelijkheid (art. 1384, lid 3 BW) of de teamleden door art. 18 Wet Arbeidsovereenkomsten beschermd worden.¹⁷¹⁶ Zodra de fout evenwel samenvalt met een misdrijf (bv. art. 418 e.v. Sw. of art. 17 Orgaantransplantatiewet), dan zal samenloop tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid toegelaten zijn.¹⁷¹⁷ Zelfs met een orgaanwegnemingscontract zal dan een buitencontractuele vordering kunnen worden ingesteld.

b. Verhouding tussen levende donor en ontvanger

355. De orgaanwegnemingsovereenkomst tussen de donor en de arts of het ziekenhuis moet onderscheiden worden van de verhouding tussen de donor en de ontvanger. Hoe kan deze verhouding privaatrechtelijk gekwalificeerd worden in het raam van de orgaanwegneming? De donatie (*le don*) wordt taalkundig ook wel eens als een ‘schenking’ aangeduid.¹⁷¹⁸ Hiermee is het verband met de rechtsfiguur van de schenking onder de levenden (*le donation entre vifs*; art. 893 e.v. BW) snel gelegd.¹⁷¹⁹

¹⁷¹² Art. 3, § 1 Wet Patiëntenrechten.

¹⁷¹³ M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, RW 1986-87, (2401) 2411, nr. 15; J.-M. HUBAUX, *Les droits et obligations du patient*, 1998, 188.

¹⁷¹⁴ Zie: T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 137-138, 87-96., nrs. 116 e.v.; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2010, 99-100.

¹⁷¹⁵ Art. 2262bis, § 1 BW.

¹⁷¹⁶ N. BROECKX, *o.c.*, T. Gez. 2012-13, (321) 322 e.v. Maar zie ook de centrale aansprakelijkheid van het ziekenhuis in art. 30 Ziekenhuiswet.

¹⁷¹⁷ Cass. 26 oktober 1990, *Arr. Cass.* 1990-91, 244.

¹⁷¹⁸ Bv.: A.-M. BRIELS, “Vragen op het terrein van de orgaantransplantaties” in L. APOSTEL, P. DEVROEY en H. CAMMAER (eds.), *Beschikken over lijf en leven. Ethische vragen rond vrijheid en geborgenheid*, Leuven, Acco, 1987, (27) 31; Verslag HANQUET, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 832/2, 12, waar de Staatssecretaris stelde dat “De wegneming dient te worden beschouwd als een schenking (...)”. Zie ook W. DREESSEN, *o.c.*, *Jura Falc.* 1984-85, (500) 513, die spreekt van een ‘gift’.

¹⁷¹⁹ Zie ook: H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 2005, 516, nr. 1207, die een vergelijking met de gemeenrechtelijke schenking maakt.

De schenking onder de levenden is overeenkomstig het BW de akte waarbij de schenker zich dadelijk en onherroepelijk van de geschonken zaak ontdoet, ten voordele van de begiftigde, die ze aanneemt (art. 894 BW). Kan de donatie beschouwd worden als dergelijke schenking en kunnen de schenkingsregels zodoende een bron van recht zijn? Zonder twijfel kan de ontvanger beschouwd worden als een begiftigde in wiens voordeel de donatie door de donor geschiedt. De donatie moet bovendien geschieden *om niet* of met een *animus donandi*,¹⁷²⁰ zoals ook voor een schenking vereist is.¹⁷²¹

356. De kwalificatie als gemeenrechtelijke schenking werd in Nederland resoluut afgewezen.¹⁷²² Ook in België stuit deze kwalificatie op fundamentele bezwaren. Wezenlijk aan de schenking is dat de schenker zich dadelijk en onherroepelijk van de geschonken zaak ontdoet. Hieronder verstaat men dat de begiftigde dadelijk een werkelijk en actueel recht op het geschonken goed moet verkrijgen.¹⁷²³ Donatie impliceert evenwel dat het orgaan nog deel uitmaakt van het lichaam van de donor. De donatie moet immers de wegneming voorafgaan.¹⁷²⁴ Een orgaan dat nog deel uitmaakt van het lichaam van de persoon kan (nog) niet als zaak of goed worden beschouwd.¹⁷²⁵ Het orgaan is dan hoogstens een ‘toekomstig goed’. Terwijl toekomstige goederen volgens het gemene recht wel het voorwerp van verbintenissen kunnen uitmaken (art. 1130 BW), wordt deze mogelijkheid ten aanzien van de gemeenrechtelijke schenking verboden (art. 943 BW).¹⁷²⁶ Bovendien moet de donatie overeenkomstig de Orgaantransplantatiewet in principe steeds herroepen kunnen worden,¹⁷²⁷ wat niet strookt met de onherroepelijke aard van de schenking.¹⁷²⁸

De donatie kan dus bezwaarlijk als schenking gekwalificeerd worden. Dit mag niet verbazen. Toen de schenkingsregels begin 19^{de} eeuw werden opgesteld, was er nog geen sprake van orgaandonatie voor therapeutisch doeleinden. De regels van de schenking lijken dan ook niet bedoeld te zijn voor donatie van lichaamsmateriaal. Dit is uiteindelijk ook niet problematisch. De Orgaantransplantatiewet lijkt de verhouding tussen donor en ontvanger voldoende te regelen.

Slechts wanneer het orgaan uit het lichaam van de donor is weggenomen, zou dit in theorie het voorwerp van een schenking kunnen uitmaken. De bovengenoemde bezwaren zijn dan niet meer van toepassing. Een en ander zal afhankelijk zijn van wie het eigendomsrecht op het orgaan na de orgaanwegneming verkrijgt.

357. Op de keper beschouwd vereisen of veronderstellen orgaanwegneming bij leven en de daarop volgende transplantatie op zich helemaal niet dat er een contractuele rechtsverhouding tussen donor en ontvanger tot stand komt. Wel zal in de orgaanwegnemingsovereenkomst tussen donor en arts/ziekenhuis uitdrukkelijk of stilzwijgend bedongen zijn dat de wegneming geschiedt *voor transplantatie bij een ontvanger*, die bepaald (*intuitu personae*) of onbepaald

¹⁷²⁰ Art. 4, § 1 Orgaantransplantatiewet.

¹⁷²¹ W. PINTENS, K. VANWINCKELEN en J. DU MONGH, *Schets van het familiaal vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2007 (2^{de} ed.), 198.

¹⁷²² S. PERRICK, o.c., *TvGR* 1979, 142; J.E.M. AKVELD, *Transplantatie en wetgeving: werkelijkheid en ideaal*, Lelystad, Vermande, 1987, 100.

¹⁷²³ R. BARBAIX, *Hoe anders is de overeenkomst schenking, en waarom? Rechtsvergelijkende studie van het contractuele statuut schenking*, Proefschrift, Universiteit Antwerpen, 2007, 286.

¹⁷²⁴ Art. 1^{ter}, 8^o Orgaantransplantatiewet.

¹⁷²⁵ Zie *supra* Deel III, Hoofdstuk I, Afd. 1, § 2, B.1.

¹⁷²⁶ Zie uitgebreider: N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nr. 561.

¹⁷²⁷ Art. 8, § 1 Orgaantransplantatiewet. Zie uitvoeriger *infra* Hoofdstuk III, Afd. 8 van dit Deel.

¹⁷²⁸ N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nr. 561.

(m.n. bij niet-gerelateerde donoren) kan zijn. In de verhouding donor-arts/ziekenhuis zal de onmogelijkheid om de transplantatie bij een ontvanger uit te voeren als een ontbindende voorwaarde (art. 1183 BW) kunnen worden beschouwd.¹⁷²⁹ Hierdoor wordt de ontvanger echter nog geen contractspartij van de donor.

De voorwaarde van transplantatie bij een ontvanger speelt uiteraard ten voordele van de ontvanger, zodat ze alle schijn heeft van een derdenbeding (art. 1121 BW). De rechtsfiguur van het derdenbeding zal echter inzake de orgaanwegname evenmin een grondslag voor een contractuele verhouding tussen donor en ontvanger bieden. Er kan immers pas sprake zijn van een derdenbeding indien bij de stipulant (donor) en de belover (arts/ziekenhuis) de bedoeling bestond om aan de derde-begunstigde (ontvanger) een nieuw eigen recht en niet louter een feitelijk voordeel toe te kennen.¹⁷³⁰ Aangezien de donor evenwel steeds zijn toestemming tot orgaanwegname zal kunnen herroepen,¹⁷³¹ kan er bezwaarlijk worden aangenomen dat de ontvanger een eigen recht op wegneming wordt gegeven.¹⁷³² Als principe kan bijgevolg worden aangenomen dat de verhouding tussen donor en ontvanger inzake de orgaanwegname *sensu stricto* van buitencontractuele aard is.

D. De voorwaarde van de evenredigheid

1. Grondslagen van de evenredigheidsvoorwaarde

358. In België wordt doorgaans gesteld dat de toestemming van degene wiens fysieke integriteit wordt aangetast en het bestaan van een legitiem doel (*in casu* orgaantransplantatie) niet volstaan opdat de arts strafrechtelijke immuniteit kan genieten. Er moet ook een evenredigheid of proportionaliteit bestaan tussen de voordelen (m.n. het legitieme doel) en de nadelen (m.n. de fysieke aantasting).¹⁷³³ Er moet dus een afweging worden gemaakt tussen de verschillende belangen en hierbij moet een aanvaardbaar evenwicht gevonden worden. Hoe ernstiger fysieke aantasting, hoe strenger het oogmerk moet worden beoordeeld.¹⁷³⁴

Wanneer er zou worden gesteld dat er geen legitiem doel bestaat voor de fysieke aantasting, dan komt dit *de facto* neer op stellen dat de fysieke aantasting met het oog op het doel in kwestie nooit evenredig kan zijn. In die zin zou de voorwaarde van legitiem doel gesubsumeerd kunnen worden onder de evenredigheidsvoorwaarde.¹⁷³⁵

¹⁷²⁹ Indien deze onmogelijkheid voortvloeit uit de herroeping van toestemming door de donor, dan gaat het om een potestatieve voorwaarde (art. 1170 BW). Zoals al gezegd, is de ontbindende potestatieve voorwaarde niet strijdig met art. 1174 BW.

¹⁷³⁰ N. CARETTE, *Derdenbeding*, Antwerpen Intersentia, 2011, 282-284 en 662-663; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 354; W. VAN GERVEN m.m.v. S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, 2010 (3^{de} ed.), 233.

¹⁷³¹ Art. 8, § 1 Orgaantransplantatiewet.

¹⁷³² Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220-9, 33. Zie ook: K. McK. NORRIE, *o.c.*, *Int. & Comp. L.Q.* 1985, (442) 453.

¹⁷³³ Zie o.a.: P. ARNOU, *o.c.*, *Jura Falc.* 1979-80, (431) 434; M.T. MEULDERS-KLEIN en B. MAINGAIN, *o.c.* in JOURNÉES D'ÉTUDES JURIDIQUES JEAN DABIN (ed.), *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs*, 1982, (215) 241-242; D. VANDERMEERSCH, "Medische fout, sterilisatie en medische experimentatie", *TPR* 1983, (839) 857 en 859; C. HENNAU-HUBLET, *L'activité médicale et le droit pénal*, 1987, 44, nr. 38 en 51-52, nrs. 53-54; M.-L. DELFOSSE, "L'expérimentation médicale sur l'être humain en droit belge", *RGAR* 1988, nr. 11.319, nrs. 2 en 4; G. BAETEMAN, *Personen- en gezinsrecht. Vol. 1*, Deurne, Kluwer, 1992, 31, nr. 48; F. SWENNEN, *o.c.*, *T. Gez.* 1997-98, (3) 10, nr. 31; J. TER HEERDT, *Het experiment beproefd*, 2000, nrs. 191 e.v., waar wordt verwezen naar het principe van *beneficence* als onderliggend beginsel; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Brussel, Larcier, 2005, 108, nr. 113; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2010, 94; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, 2011 (13^{de} ed.), 129, nr. 272.

¹⁷³⁴ R. DIERKENS, *Lichaam en lijk*, 1962, 50-51; A. VAN OEVELEN en A. DE BOECK, *o.c.* in CENTRUM GRONDSLAGEN VAN HET RECHT UNIVERSITEIT ANTWERPEN (UFSIA) (ed.), *Over zichzelf beschikken?*, 1996, (305) 347-348.

¹⁷³⁵ P. ARNOU, *o.c.* in A. HEYVAERT, R. KRUIJTHOF en T. VANSWEEVELT (eds.), *Juridische aspecten van de geneeskunde*, 1989, (163) 171, nr. 22; F. SWENNEN, *o.c.*, *T. Gez.* 1997-98, (3) 15, nr. 52.

359. Voor de evenredigheidsvoorwaarde zijn verschillende aanknopingspunten in het Belgische rechtssysteem te vinden. Een eerste aanknopingspunt is te vinden op mensenrechtelijk niveau. Op basis van artikel 8, lid 1 EVRM moet worden gesteld dat het zelfbepalingsrecht het *uitgangspunt* vormt. Op basis van artikel 8, lid 2 EVRM kan dit recht echter aan beperkingen onderworpen worden. De toestemming niet laten doorwegen, is dus weliswaar een inmenging of beperking op het zelfbepalingsrecht, maar nog geen inbreuk of schending ervan.¹⁷³⁶

De uitzonderingsclausule van artikel 8, lid 2 EVRM laat beperkingen toe onder drie voorwaarden. De inmenging moet allereerst bij wet voorzien zijn.¹⁷³⁷ Het moet gaan om een toegankelijke en voldoende precieze rechtsregel waarvan de gevolgen voorzienbaar zijn.¹⁷³⁸ Te denken valt bv. aan artikel 398 Sw.¹⁷³⁹ of de Orgaantransplantatiewet.

Vervolgens moet de inmenging een legitiem doel dienen. Welke doelen legitiem zijn, wordt opgesomd in artikel 8, lid 2 EVRM zelf. Inzake orgaanwegneming bij leven voor orgaantransplantatie lijkt vooral de ‘bescherming van de gezondheid’ (van ontvanger én donor) van belang te zijn.

Ten slotte moet de wettelijke inmenging ook nog noodzakelijk zijn in een democratische samenleving. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens vult deze voorwaarde in door onder meer te toetsen aan het proportionaliteits- of evenredigheidsprincipe.¹⁷⁴⁰ Zo overwoog het Hof in de zaak *Pretty*: “*The more serious the harm involved the more heavily it will weigh in the balance considerations of public health and safety against the countervailing principle of personal autonomy*”.¹⁷⁴¹ Naast het evenredigheidsprincipe toetst het Hof ook wel aan het vereiste van een ‘*pressing social need*’,¹⁷⁴² aan het vereiste van een pertinente inmenging¹⁷⁴³ of aan het subsidiariteitscriterium.¹⁷⁴⁴ Hoewel het evenredigheidsprincipe niet uitdrukkelijk in de verdragstekst wordt vermeld, wordt het wel inherent aanwezig geacht in het EVRM.¹⁷⁴⁵ Indien men het evenredigheidsvereiste zou interpreteren in het licht van het EVRM-Bio en het Transplantatieprotocol EVRM-Bio dan zou dit meer bepaald betekenen dat orgaanwegneming enkel mag plaatsvinden met het oog op een therapeutisch voordeel voor de ontvanger én slechts wanneer er geen geschikt orgaan van een overledene of gelijkwaardige, alternatieve therapeutische methoden beschikbaar zijn.¹⁷⁴⁶ Het Hof kent bij haar toetsing weliswaar een ‘*margin of appreciation*’ of beleidsmarge toe aan de overheid om rekening te houden met de

¹⁷³⁶ Vgl. J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, 2010, 284.

¹⁷³⁷ Zie ook art. 22 GW. In tegenstelling tot art. 8 EVRM zou art. 22 GW enkel de wet in formele zin bedoelen. En aangezien art. 22 GW een grotere bescherming biedt, zou deze bepaling dan ook voorrang hebben (art. 53 EVRM). Zie: J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, *Handboek Belgisch publiekrecht*, 2010, 286, nr. 466.

¹⁷³⁸ EHRM, *Goodwin v. The United Kingdom*, 1996, <http://hudoc.echr.coe.int>; P. DE HERT, o.c. in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM. Deel 2. Vol. I*, 2004, 716-717, nr. 8.

¹⁷³⁹ Cass. 6 januari 1998, *Pas.* 1998, I, 11 en *Arr. Cass.* 1998, 10; EHRM, *K.A. et A.D. c. Belgique*, 2005, <http://hudoc.echr.coe.int>.

¹⁷⁴⁰ J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM. Deel 1. Algemene beginselen*, 2005, 139, nr. 49 en 144-147, nrs. 54-60. Ten aanzien van art. 3 HGEU geldt een uitzonderingsmogelijkheid die gelijk is op art. 8, lid 2 EVRM. Hiervoor vereist het verdrag wel uitdrukkelijk evenredigheid. Zie art. 52, lid 1 HGEU.

¹⁷⁴¹ EHRM, *Pretty v. The United Kingdom*, 2002, <http://hudoc.echr.coe.int>.

¹⁷⁴² EHRM, *Dudgeon v. The United Kingdom*, 1981, <http://hudoc.echr.coe.int>; EHRM, *Pretty v. The United Kingdom*, 2002, <http://hudoc.echr.coe.int>.

¹⁷⁴³ P. DE HERT, o.c. in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM. Deel 2. Vol. I*, 2004, 720.

¹⁷⁴⁴ J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM. Deel 1. Algemene beginselen*, 2005, 145-146, nr. 58; P. DE HERT, o.c. in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM. Deel 2. Vol. I*, 2004, 720.

¹⁷⁴⁵ J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, 2010, 251-252. Hierbij aansluitend kan nog worden gezegd dat het Hof ook gebruik maakt van een ‘*fair balance*’-toets tussen het individueel en algemeen belang om na te gaan of de overheid een van haar positieve plichten uit art. 8 EVRM heeft geschonden. Zie: EHRM, *Rees v. The United Kingdom*, 1986, <http://hudoc.echr.coe.int>; EHRM, *X, Y and Z v. The United Kingdom*, 1997, <http://hudoc.echr.coe.int>; EHRM, *Christine Goodwin v. The United Kingdom*, 2002, <http://hudoc.echr.coe.int>.

¹⁷⁴⁶ Art. 19, lid 1 EVRM-Bio en art. 9 Transplantatieprotocol EVRM-Bio.

eigen nationale context. Deze marge is ruimer naargelang de materie gevoelig is en er geen consensus bestaat binnen Europa.¹⁷⁴⁷

360. Artikel 8 EVRM biedt een kapstok voor de evenredigheidsvoorwaarde op het macro- of beleidsniveau ('Moet de overheid de ingreep wettelijk toelaten?'). Daarnaast bestaan er ook aanknopingspunten op het micro- of individuele niveau ('Mag het medisch team de ingreep laten plaatsvinden?'). In het raam van de persoonlijkheidsrechtelijke bescherming bekritiseren sommige auteurs het concept van een algemeen subjectief zelfbeschikkingsrecht met betrekking tot de lichamelijkeheid. Men beschouwt het op zich als een te ruim, ongenueanceerd begrip¹⁷⁴⁸ en als een onwenselijk concept, gelet op de reeds bestaande uitgebreide bescherming van het lichaam.¹⁷⁴⁹ De meeste auteurs aanvaarden daarentegen het bestaan van een zelfbepalingsrecht, maar zijn ook wel van mening dat dit recht aan beperkingen kan worden onderworpen.¹⁷⁵⁰ De beperkingen op deze autonomie kunnen in het algemeen gevonden worden in de erkende rechten van andere individuen en in open normen zoals het algemeen belang, de openbare orde en goede zeden of nog de menselijke waardigheid.¹⁷⁵¹ Dergelijke open normen zijn evenwel moeilijk af te bakenen en zijn alleszins cultuurgebonden.¹⁷⁵² Op persoonlijkheidsrechtelijk vlak wordt m.a.w. wederom het zelfbepalingsrecht als uitgangspunt genomen, maar wordt ruimte gelaten voor beperkingen. Hoewel niet steeds expliciet de evenredigheidsvoorwaarde wordt gesteld, is het duidelijk dat er een belangenafweging moet worden gemaakt.

361. Een ander aanknopingspunt op microniveau betreft de rechtsfiguur van de noodtoestand. Deze geldt als strafrechtelijke rechtvaardigingsgrond voor het geval er een conflict tussen twee rechtsgoederen bestaat en de strafwet moet worden overtreden om voorrang te geven aan het

¹⁷⁴⁷ EHRM, *Pretty v. The United Kingdom*, 2002, <http://hudoc.echr.coe.int>; EHRM, *Evans v. The United Kingdom*, 2007, <http://hudoc.echr.coe.int>; EHRM, *Haas v. Switzerland*, 2011, <http://hudoc.echr.coe.int>; J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, 2010, 252.

¹⁷⁴⁸ Zie ook: J.F. RANG, o.c., *TvGR* 1979, (14) 18, die liever een beroep doet op het recht op fysieke integriteit in plaats van een 'recht op zelfbeschikking', omdat dit meer ruimte laat voor belang van intermenselijke relaties.

¹⁷⁴⁹ F. VAN NESTE, "Het zelfbeschikkingsrecht – een kritische studie", *RW* 1991-92, (689) 689-691 en 696-697, die wel van een zelfbepalingsbeginsel wil spreken en die erop wijst dat de term 'beschikkingsrecht' een eigendomsrechtelijke connotatie heeft; J. VELAERS, o.c. in CENTRUM GRONDSLAGEN VAN HET RECHT (ed.), *Over zichzelf beschikken?* 1996, (117) 192, nr. 99 en 205, nr. 122. Zie ook: F. RIGAUX, "La doctrine des droits de la personnalité" in F. RIGAUX (ed.), *La vie privée. Une liberté parmi les autres?*, Brussel, Larcier, 1992, (115) 134-137, nrs. 133-134, die de kwalificatie als subjectief recht afwijst; D. ROMAN, o.c., *D. chron.* 2007, (1284) 1286-1287, die stelt dat de vele uitzonderingen het algemene principe van zelfbeschikking ontkrachten. In het algemeen: E. GULDIX en A. WYLLEMAN, o.c. *TPR* 1999, (1589) 1604-1607, nr. 8.

¹⁷⁵⁰ R. DIERKENS, *Lichaam en lijk*, 1962, 34, nr. 44 en 40-41, nr. 52; L. BOSMAN en M.L. LEROY-SWAANS, o.c., *Rev. Méd. Liège* 1968, (588) 589; J. PAUWELS, *Beginselen van personen- en familierecht. Deel 2*, 1985, 119; W. DREESSEN, o.c., *Jura Falc.* 1984-85, (500) 515, 507-508; J. ROBERT, o.c. in TRAVAUX DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT XXVI, *Le corps humain et le droit (journées belges)*, 1975, (463) 468 e.v.; Y.-H. LELEU en G. GENICOT, "o.c.", *JT* 1999, (589) 592, nrs. 2 en 13; J. TER HEERDT, *Het experiment beproefd*, 2000, nr. 248; H.J.J. LEENEN en J.K.M. GEVERS, *Handboek Gezondheidsrecht. Deel I. Rechten van mensen in de gezondheidszorg*, Houten, Bohn Stafleu Van Loghum, 2000 (4^{de} ed.), 32 e.v.; A. DIERICKX, *Toestemming en strafrecht*, 2006, 203, die spreekt over een recht op zelfbepaling zonder aan het begrip 'recht' een afdwingbaar karakter toe te kennen; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, 2011 (13^{de} ed.), 126, nr. 266; E. DELBEKE, *Juridische aspecten van zorgverlening aan het levenseinde*, 2012, 1103-1106, nr. 2017 en nrs. 2020-2022.

¹⁷⁵¹ L. BOSMAN en M.L. LEROY-SWAANS, o.c., *Rev. Méd. Liège* 1968, (588) 589; R. DIERKENS, "De biologische mens in het recht", *TPR* 1972, (183) 188; H.D.C. ROSCAM ABBING, "Zelfbeschikkingsrecht en recht op integriteit van het menselijk lichaam. Enkele kanttekeningen", *Acta Hosp.* 1983, (5) 6; F. RIGAUX, o.c. in F. RIGAUX (ed.), *La vie privée*, 1992, (115) 135 en 137; Y.-H. LELEU en G. GENICOT, "o.c.", *JT* 1999, (589) 594-595, nrs. 19-24; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 2010 (1^{ste} ed.), 65, nr. 101. Vgl. ook H.J.J. LEENEN en J.K.M. GEVERS, *Handboek Gezondheidsrecht. Deel I. Rechten van mensen in de gezondheidszorg*, Houten, Bohn Stafleu Van Loghum, 2000 (4^{de} ed.), 36. Specifiek over menselijke waardigheid: Advies nr. 2 van 7 juli 1997 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek betreffende het verdrag Mensenrechten en Biogeneeskunde van de Raad van Europa, <http://www.health.belgium.be>, 2-3, waar evenwel ook wordt gezegd dat het individu als uitgangspunt zelf mag bepalen wat eigen is aan zijn waardigheid.

¹⁷⁵² D. ROMAN, o.c., *D. chron.* 2007, (1284) 1291.

hogere rechtsgoed.¹⁷⁵³ De noodtoestand kan worden aanvaard indien het redden van het hogere rechtsgoed noodzakelijk wordt geacht. Het gevaar ofwel de aantasting van het rechtsgoed moet daarvoor zeker, actueel/dreigend en ernstig zijn en de bescherming van dit rechtsgoed mag niet op een andere wijze gevrijwaard kunnen worden (subsidiariteit).¹⁷⁵⁴ Daarnaast moet het gevrijwaarde rechtsgoed van hogere of minstens gelijke waarde of voordeel zijn als het geschonden rechtsgoed.¹⁷⁵⁵ De rechter moet dit objectief beoordelen aan de hand van een *proportionaliteitsafweging*, waarbij hij de conflicterende waarden moet plaatsen in een bepaalde hiërarchie binnen de geldende maatschappelijke context.¹⁷⁵⁶ De notie ‘proportionaliteit’/‘evenredigheid’ is op zich weliswaar ruimer dan de noodtoestand. Ze vereist slechts dat de aard van de aantasting overeenstemt met haar doel, zodat bij minder ernstige aantastingen ook niet-noodzakelijke, louter nuttige ingrepen mogelijk zijn.¹⁷⁵⁷

Sommige auteurs zien de noodtoestand als dé grondslag voor de strafrechtelijke immuniteit.¹⁷⁵⁸ Maar aangezien de noodtoestand een strikte noodzaak vereist, zouden vele maatschappelijk aanvaardbare ingrepen alsnog strafbaar zijn. Aangezien dit een nodeloze belasting van de praktijk zou laten bestaan en er vaak onzekerheid over de strikte noodzakelijkheid van de handeling kan rijzen, wordt de noodtoestand veelal afgewezen als de grondslag voor de strafrechtelijke immuniteit van de arts.¹⁷⁵⁹ De noodtoestand blijft uiteraard wel nuttig als rechtvaardigingsgrond indien de voorwaarden van de wet niet zijn vervuld en deze dus ook niet als toelatings- of rechtvaardigingsgrond kan fungeren.¹⁷⁶⁰

362. Verder kan nog verwezen worden naar het recht op diagnostische en therapeutische vrijheid van de arts, zoals verankerd in artikel 31 Wet Uitoefening Gezondheidszorgberoepen.¹⁷⁶¹ De arts mag m.a.w. vrij de diagnostische middelen en de

¹⁷⁵³ C.J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *Belgisch strafrecht. Deel II*, 1968, 460, nr. 873; L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch Strafrecht*, 1990, 228, nr. 381; C. VAN DEN WYNGAERT m.m.v. S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen. Deel I*, 2011 (8^{ste} ed.), 238-239.

¹⁷⁵⁴ Cass. 13 mei 1987, *Arr. Cass.* 1986-87, 1203; Gent 11 maart 1992, *T. Gez.* 1995-96, 54, noot T. VANSWEEVELT; Corr. Brussel 27 september 1969, *JT* 1969, 635; J. CONSTANT, *Traité élémentaire de droit pénal. Tome I*, 1965 (6^{de} ed.), 508; R. VERSTRAETEN en F. VERBRUGGEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors. Deel I*, 2010-11 (4^{de} ed.), 67, nrs. 232-233; F. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge. Tome II: l'infraction pénale*, Brussel, Larcier, 2010, 470-471, nrs. 1441-1445 en 474-476, nrs. 1450-1454; C. VAN DEN WYNGAERT m.m.v. S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen. Deel I*, 2011 (8^{ste} ed.), 241.

¹⁷⁵⁵ J. CONSTANT, *Traité élémentaire de droit pénal. Tome I*, Luik, 1965 (6^{de} ed.), 510; C.J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *Belgisch strafrecht. Deel II*, 1968, 464, nr. 879; L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch Strafrecht*, 1990, 231, nr. 388.

¹⁷⁵⁶ C. VAN DEN WYNGAERT m.m.v. S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen. Deel I*, 2011 (8^{ste} ed.), 241-243; F. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge. Tome II: l'infraction pénale*, Brussel, Larcier, 2010, 473-474, nr. 1449.

¹⁷⁵⁷ Vgl. FAHMY ABDOL, *Le consentement de la victime*, 1971, 410-414; P. ARNOU, o.c., *Jura Falc.* 1979-80, (431) 434; F. SWENNEN, o.c., *T. Gez.* 1997-98, (3) 6-7, nrs. 14-16 en 9, nr. 26; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2010, 94.

¹⁷⁵⁸ P. FORIERS, *De l'état de nécessité en droit pénal*, 1951, 199-203, nrs. 328-335; J. CONSTANT, *Traité élémentaire de droit pénal. Tome I*, 1965 (6^{de} ed.), 520; J. MALHERBE, *Médecine et droit moderne*, Parijs, Masson, 1969, 37; P.E. TROUSSE, o.c. in CENTRE INTERUNIVERSITAIRE DE DROIT COMPARE, *Rapports belges au VIII^e Congrès international de droit comparé*, 1970, (705) 720-721; X. DIJON, *Le sujet de droit en son corps*, 1982, 362, nr. 519. Zie ook: Cass. 16 december 1948, *JT* 1949, 53 en 84, noot R. SAVATIER, waar wordt gesteld dat “l’atteinte à l’intégrité d’une personne ne saurait être considérée comme illicite, lorsque, comme dans l’espèce, il est constant qu’elle est la conséquence d’une activité qui s’imposait à son auteur (...)”. In de bijhorende noot meent R. Savatier hierin een toepassing van de noodtoestand te herkennen, waarbij eveneens de toestemming van de patiënt en het foutloos handelen van de arts vereist is.

¹⁷⁵⁹ Corr. Brussel 27 september 1969, *JT* 1969, 635; E. PALLEMAERTS, “De beroepsverantwoordelijkheid van de geneesheer”, *RW* 1956, (1945) 1949, nr. 5; R. KRUTHOF, o.c., *VI. T. Gez.* 1982-83, (177) 184, nr. 12; C.J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *Belgisch strafrecht. Deel II*, 1968, 470, nr. 889; P. ARNOU, o.c., *Jura Falc.* 1979-80, (431) 433; M.T. MEULDERS-KLEIN en B. MAINGAIN, o.c. in JOURNÉES D’ÉTUDES JURIDIQUES JEAN DABIN (ed.), *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs*, 1982, (215) 250, nr. 43; F. SWENNEN, o.c., *T. Gez.* 1997-98, (3) 5-6, nrs. 9-12 en 10, nr. 34; H. NYS, “De toestemming van de patiënt”, *VI. T. Gez.* 1983-84, (251) 253. Anders: X. DIJON, *Le sujet de droit en son corps*, 1982, 364-370, nrs. 523-530, die de noodzakelijkheidsvoorwaarde van de noodtoestand ruim invult.

¹⁷⁶⁰ A. DIERICKX, *Toestemming en strafrecht*, 2006, 163.

¹⁷⁶¹ Zie in die zin ook: art. 144, § 1 Ziekenhuiswet; art. 73, § 1, lid 1 Ziekteverzekeringwet; art. 36 en art. 169 Code Geneeskundige Plichtenleer en zeer uitgebreid: T. GOFFIN, *De professionele autonomie van de arts*, 2011, 111 e.v., die een onderscheid maakt tussen

behandelingswijze kiezen die hij in het gegeven geval toepasselijk acht. De rechter hoort zich in principe dan ook niet te mengen in medische beslissingen en de wetenschappelijke controversen daaromtrent.¹⁷⁶² De Wet Uitoefening Gezondheidszorgberoepen en de Wet Patiëntenrechten bevatten dan ook geen concrete aanknopingspunten om te bepalen welke kosten-batenverhoudingen precies (on)aanvaardbaar zijn.

Toch wordt de vrijheid van de arts niet onbeperkt geacht. Zo blijft een toetsing aan de *algemene zorgvuldigheidsnorm* mogelijk.¹⁷⁶³ Deze norm houdt in dat men zich steeds moet gedragen zoals een normaal, voorzichtig persoon, geplaatst in dezelfde omstandigheden.¹⁷⁶⁴ Schending van deze norm maakt een fout uit die kan leiden tot de strafrechtelijke aansprakelijkheid op basis van artikel 418 e.v. Sw. en de burgerrechtelijke aansprakelijkheid op basis van de artikelen 1382-1383 BW (buitencontractueel) en het artikel 1146 e.v. BW (contractueel).¹⁷⁶⁵ Hierbij kan gesteld worden dat de fysieke aantasting van een persoon onzorgvuldig is indien de voordelen niet opwegen tegen de nadelen en m.a.w. de evenredigheid ontbreekt.¹⁷⁶⁶ De algemene zorgvuldigheidsnorm kan aldus eveneens als een wettelijk, ruim toepasselijk aanknopingspunt voor de evenredigheidsvoorwaarde gelden.¹⁷⁶⁷

363. Ten slotte kan specifiek ten aanzien van orgaanwegneming bij leven voor transplantatie een aanknopingspunt voor de evenredigheidsvoorwaarde gevonden worden in de Orgaantransplantatiewet. Artikel 3, § 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet stelt dat de arts de donor moet uitsluiten van selectie indien de donatie een onaanvaardbaar gezondheidsrisico inhoudt voor de donor. Artikel 6 Orgaantransplantatiewet is preciezer en bepaalt dat een orgaanwegneming bij leven die ernstige gevolgen kan hebben voor de donor of die betrekking heeft op niet-regenererende organen, alleen kan worden verricht als de ontvanger in levensgevaar verkeert én als de transplantatie van organen van een overledene geen even bevredigend resultaat kan opleveren. Welke proportionaliteitsverhouding aanvaardbaar is voor orgaanwegneming met transplantatieoogmerk is zodoende reeds wettelijk bepaald. De wetgever heeft zo de beoordelingsmarge van arts en donor op dit punt ingeperkt. De Orgaantransplantatiewet is dus minder flexibel dan de regelgeving voor gezondheidszorgverstrekkingen in het algemeen.

therapeutische vrijheid en professionele autonomie. Deze eerste zou gelden jegens de overheid, de tweede jegens de patiënt. Zie daarentegen: F. DEWALLENS, *Het statuut van de ziekenhuisarts*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 124, die terecht verdedigt dat dit onderscheid weinig toevoegt en kunstmatig overkomt. Het is beter om de term 'professionele autonomie' te gebruiken om de vrijheid van de arts in het algemeen (incl. zijn organisatorische vrijheid) aan te duiden en de term 'diagnostische en therapeutische vrijheid' te reserveren voor de vrijheid van de arts bij zijn medisch handelen *sensu stricto*.

¹⁷⁶² Gent 10 september 1997, *T. Gez.* 1999-00, 128; J. TER HEERDT, *Het experiment beproefd*, 2000, nr. 123.

¹⁷⁶³ Zie ook: G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2010, 380 e.v.

¹⁷⁶⁴ T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 127.

¹⁷⁶⁵ De strafrechtelijke en burgerrechtelijke fout worden doorgaans dezelfde invulling gegeven: A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, 2005 (5^{de} ed.), 183-184, nrs. 249-255; H.-D. BOSLY en C. DE VALKENEER, "Les homicides et lésions corporelles non intentionnels" in H.-D. BOSLY en C. DE VALKENEER (eds.), *Les infractions. Volume 2. Les infractions contre les personnes*, Brussel, Larcier, 2010, (483) 486-492.

¹⁷⁶⁶ Zie ook: Cass. 7 september 1976, *Arr. Cass.* 1977, 24; Corr. Brussel 27 september 1969, *JT* 1969, 635; Corr. Marche-en-Famenne 10 juli 1997, *JLMB* 1997, 1173; Rb. Gent 11 oktober 2004, *T. Gez.* 2004-05, 210, noot T. VANSWEEVELT en *NJW* 2005, 636, noot S. CALLENS (het Isomeride-vonnis); F. SWENNEN, o.c., *T. Gez.* 1997-98, (3) 10, nr. 31, waar het vereiste van proportionaliteit wordt afgeleid uit het verbod op misbruik van de toelating van de wet (zie ook p. 7, nr. 19).

¹⁷⁶⁷ Vgl. W. VAN GERVEN, *Beginnelsen van Belgisch privaatrecht: algemeen deel*, Antwerpen, Standaard, 1973 (2^{de} ed.), 191; T. VANSWEEVELT, "Rechtsverhoudingen, aansprakelijkheid en schadevergoeding in de gezondheidszorg" in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Vol. I*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (1255) 1373.

2. Recht op orgaandonatie?

364. Op basis van het zelfbepalingsrecht spreken enkele auteurs van een *recht* op orgaandonatie of -wegneming.¹⁷⁶⁸ Volgens A. Spital kan na grondige informatieverstrekking en overleg met de donor, de verantwoordelijkheid immers verschoven worden naar de donor zelf. Zo stelt deze auteur dat “*whether donation is worth the risk is essentially a value judgment that ultimately can and should only be made by the individual most affected by the outcome – the competent prospective donor. Clearly the physician must evaluate and advise, but the donor should take it from here*”.¹⁷⁶⁹ Zo wijst hij paternalisme radicaal af. Zoals al gezegd, is het zelfbepalingsrecht zonder twijfel het uitgangspunt. Beperkingen hierop moeten m.i. dan ook veeleer restrictief worden ingevuld. De autonomie moet spelen zodra er geen duidelijke reden tot beperking gevonden kan worden. Maar in hoeverre kan *in casu* daadwerkelijk van een recht op orgaandonatie gesproken worden, rekening houdende met wat zonet werd gezegd over de evenredigheidsvoorwaarde?

A. Spital heeft zijn eigen stelling later genuanceerd. Zo stelt hij nu dat de persoonlijke waarden van de donor van groot belang zijn, maar dit niet wil zeggen dat de visie van de artsen irrelevant is. Hij stelt dat er wel een recht op orgaandonatie bestaat, maar enkel indien de donor voldoet aan alle medische en psychosociale aanvaardbaarheidscriteria.¹⁷⁷⁰ Naast de donor is dus ook de arts een morele actor die een verantwoordelijkheid draagt. Deze kan de orgaanwegneming weigeren indien hij oordeelt dat de kosten en baten onevenredig zijn.¹⁷⁷¹ Zelfbepaling mag dus niet gelijkgesteld worden met de mogelijkheid tot het bevelen van de arts. Met andere woorden: “*Autonomy, and the protection thereof, is not about agents being able to dictate what treatments are to be on the menu; what it does is provide moral protection for the ability to choose something or nothing from that menu*”.¹⁷⁷² Ook de Belgische wetgever verkoos bij de totstandkoming van de Wet Patiëntenrechten veeleer een actieve participatie binnen een partnerschap tussen arts en patiënt in plaats van de patiënt als een “*autonoom superego*”.¹⁷⁷³ Indien de betrokken arts de orgaanwegneming onevenredig acht, dan zal de kandidaat-donor een andere arts moeten zoeken dit deze ingreep wel ‘op het menu’ wil plaatsen. De arts heeft hierbij een doorverwijzingsplicht.¹⁷⁷⁴

Inderdaad, slechts in zoverre de ingreep evenredig is, kan van een recht op orgaandonatie gesproken worden. A. Spital lijkt echter enkel rekening te willen houden met de subjectieve overtuiging van de arts en wijst een controle vanuit het maatschappelijk oogpunt

¹⁷⁶⁸ M. KUSANOVICH, “Medical Malpractice Liability and the Organ Transplant”, *U.S.F. L. Rev.* 1970-71, (223) 227; A. SPITAL, “Ethical issues in living organ donation: Donor autonomy and beyond”, *AJKD* 2001, vol. 38, nr. 1, 189-195; L.F. ROSS, “All donations should not be treated equally: a response to Jeffrey Kahn’s commentary”, *J. L. Med. & Ethics* 2002, vol. 30, (448) 448; J.-P. SQUIFFLET, “Donor Advocacy with Special Reference to Belgium”, *Transpl. Proc.* 2011, vol. 43, (3392) 3395.

¹⁷⁶⁹ A. SPITAL, “Living Organ Donation. Shifting Responsibility”, *Arch. Intern. Med.* 1991, vol. 151, (234) 234.

¹⁷⁷⁰ A. SPITAL, *o.c.*, *AJKD* 2001, vol. 38, nr. 1, 189-195.

¹⁷⁷¹ A. SPITAL, “Donor Benefit Is the Key to Justified Living Organ Donation”, *Camb. Q. Healthc. Ethics* 2004, vol. 13, (105) 108. Eveneens: M.F. ANDERSON, *o.c.*, *Health Matrix* 1995, vol. 5, (249) 290-291; L.F. ROSS *et al.*, *o.c.*, *Transplantation* 2002, vol. 74, (418) 420; M. ABECASSIS *et al.*, *o.c.*, *JAMA* 2000, (2919) 2925; GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 119; THE ETHICS COMMITTEE OF THE TRANSPLANTATION SOCIETY, “The Consensus Statement of the Amsterdam Forum on the Care of the Live Kidney Donor”, *Transplantation* 2004, vol. 78, nr. 4, (491) 492; T.L. PRUETT *et al.*, “The Ethics Statement of the Vancouver Forum in the Live Lung, Liver, Pancreas, and Intestine Donor”, *Transplantation* 2006, vol. 81, nr. 10, (1386) 138; Memorie van toelichting Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 69; T. GUTMANN en W.G. LAND, “The European Perspective” in R.W.G. GRUENESSNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, New York, McGraw-Hill Medical, 2008, (37) 40; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 251-252 en 259-261; A. PASCALEV *et al.*, *o.c.* in F. AMBAGTSHEER en W. WEIMAR (eds.), *The EULOD Project*, 2013, (53) 62-63; L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 157.

¹⁷⁷² B.E. WHITE en I. BRASSINGTON, “Facial allograft transplants: where’s the catch?”, *J. Med. Ethics* 2008, vol. 34, (723) 725.

¹⁷⁷³ Verslag GILKINET en BROUNS, *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 50-1642/012, 24.

¹⁷⁷⁴ Zie ook: M. HILHORST *et al.*, “Can we turn down autonomous wishes to donate anonymously?”, *Transpl. Int.* 2011, (1164) 1165.

impliciet af. Daarentegen stellen M. Hilhorst *et al.* dat voor de proportionaliteitsbeoordeling noch de autonomie van de donor, noch het medisch oordeel van de arts volstaan: uiteindelijk is het een maatschappelijke en politieke kwestie.¹⁷⁷⁵ Deze laatste visie sluit beter aan bij de juridische systematiek. In tegenstelling tot de subjectieve wil van de donor is de evenredigheidsvoorwaarde, zoals de algemene zorgvuldigheidsnorm, bedoeld als een objectieve toetssteen waarmee de rechter het gedrag van donor én arts kan beoordelen. Dit verhindert weliswaar niet dat deze norm onder meer aan de hand van de wil van de patiënt wordt ingevuld.¹⁷⁷⁶

Door de toelaatbaarheid van fysieke aantastingen afhankelijk te maken van een objectieve proportionaliteitsvoorwaarde kunnen maatschappelijke correcties op de zelfbepaling van de patiënt aangebracht worden.¹⁷⁷⁷ Dit wil zeggen dat de arts een wegneming evenredig zou kunnen achten, terwijl dit objectief gezien niet zo is. In dat geval zou de arts die aldus onzorgvuldig overging tot orgaanwegneming, zichzelf blootstellen aan strafrechtelijke aansprakelijkheid, alsook burgerrechtelijke aansprakelijkheid voor zover er schade is. Andersom zou de arts de wegneming onevenredig kunnen achten, terwijl deze objectief wel evenredig is. Hoewel men de arts dan niet *manu militari* zal kunnen dwingen tot orgaanwegneming, is ook dan strafrechtelijke aansprakelijkheid mogelijk indien de weigering bv. leidde tot slagen en verwondingen (art. 418 Sw.) of hierbij de ontvanger in groot gevaar verkeerde (art. 422bis Sw.). Indien de weigering ook schade veroorzaakte, kan er ook burgerrechtelijke aansprakelijkheid bestaan. In dergelijke gevallen zou dan van een recht op orgaanwegneming gesproken kunnen worden.¹⁷⁷⁸

E. Zorgvuldig handelen

365. Ten slotte wordt doorgaans nog vereist dat de arts moet handelen volgens de regels van de kunst en conform de huidige stand van de medische wetenschap om strafrechtelijk immuun te zijn.¹⁷⁷⁹ De arts moet m.a.w. zorgvuldig handelen. De voorwaarde van zorgvuldig handelen is een logisch gevolg van de stelling dat de strafrechtelijke immuniteit steunt op een wettelijke toelating. Nergens wordt wettelijk erkend dat een arts zich onzorgvuldig mag gedragen. Integendeel, dit wordt strafrechtelijk (en burgerrechtelijk) gesanctioneerd. Het vereiste van foutloos handelen is op de keper beschouwd geen voorwaarde om immuniteit ten aanzien van opzettelijke slagen en verwondingen te verkrijgen,¹⁷⁸⁰ maar wel een voorwaarde om niet

¹⁷⁷⁵ M. HILHORST *et al.*, o.c., *Transpl. Int.* 2011, (1164) 1168.

¹⁷⁷⁶ Vgl. T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 589, nr. 901; J. TER HEERDT, *Het experiment beproefd*, 2000, nr. 500; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2010, 381; E. VAN DEN EEDEN, o.c. in R. CUYPERS *et al.* (ed.), *Zakboekje voor het ziekenhuis 2012*, 2012, (3) 9-10. Zie met name *infra* Hoofdstuk IV, Afd. 1, § 2, B.2.a.

¹⁷⁷⁷ Vgl. X. RYCKMANS en R. MEERT-VAN DE PUT, *Les droit et les obligations des médecins, ainsi que des dentistes, accoucheuses et infirmières. Tome I*, 1971 (2^{de} ed.), 452, nr. 582; F. SWENNEN, o.c., *T. Gez.* 1997-98, (3) 15, nrs. 50 en 52 en 17-18, nrs. 60-61.

¹⁷⁷⁸ Vgl. A. CHARAF ELDINE, o.c., *Rev. Dr. Sanit.* 1978, (445) 448.

¹⁷⁷⁹ Zie o.a.: Gent 10 september 1997, *T. Gez.* 1999-00, 128; P.E. TROUSSE, o.c. in CENTRE INTERUNIVERSITAIRE DE DROIT COMPARE, *Rapports belges au VIII^e Congrès international de droit comparé*, 1970, (705) 721; X. RYCKMANS en R. MEERT-VAN DE PUT, *Les droit et les obligations des médecins, ainsi que des dentistes, accoucheuses et infirmières. Tome I*, 1971 (2^{de} ed.), 423-424, nrs. 550-551; J. MATTHIJS, o.c., *RW* 1971, (161) 213, nr. 31; R. KRUIHOF, o.c., *VI. T. Gez.* 1982-83, (177) 183, nr. 11; Juridische nota, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220/9, 54; G. BAETEMAN, *Personen- en gezinsrecht. Vol. 1*, 1992, 32, nr. 50; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2005, 108, nr. 113; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2010, 94-96; P. SENAEVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, 2011 (13^{de} ed.), 129, nr. 272. Zie ook: Cass. 16 december 1948, *JT* 1949, 53 en 84, noot R. SAVATIER.

¹⁷⁸⁰ Zoals wel eens wordt voorgehouden: bv. Gent 26 maart 1991, *RW* 1991-92, 406, noot P. ARNOU en Gent 11 maart 1992, *T. Gez.* 1995-96, 54, noot T. VANSWEEVELT.

strafbaar te zijn op basis van een nauw verwant misdrijf, nl. onopzettelijke slagen en verwondingen.¹⁷⁸¹

Voor de immuniteit tegen het misdrijf opzettelijke slagen en verwondingen¹⁷⁸² zijn zoals gezegd een toestemming, een legitiem doel en evenredigheid vereist. Dit leidt echter niet automatisch ook tot de immuniteit voor het misdrijf van *onopzettelijke* slagen en verwondingen (art. 418 e.v. Sw.).¹⁷⁸³ Het gedrag dat met het laatstgenoemde misdrijf wordt bestraft, is het begaan van een fout of onzorgvuldigheid, m.a.w. de schending van de eerdergenoemde algemene zorgvuldigheidsnorm. Om zich te onderscheiden van opzettelijke slagen en verwondingen moet de dader vrijwillig de gedraging hebben gesteld zonder de gevolgen te hebben gewild.¹⁷⁸⁴ De Orgaantransplantatiewet bevat zelf geen bepaling die het vereiste van foutloos handelen preciezer regelt in de context van orgaanwegname bij leven.

Afdeling 3. Toestemming versus evenredigheid

366. De kernvraag van deze afdeling was: hoe valt het nadeel voor de levende donor juridisch te verzoenen met het orgaantekort? Een blik op het Belgische strafrecht leert dat principieel een zeer restrictief uitgangspunt wordt gehanteerd: fysieke aantasting is verboden. Dit uitgangspunt is echter te strikt om een efficiënte gezondheidszorg mogelijk te maken. Aldus werd in de rechtsleer de theorie van de strafrechtelijke immuniteit van de arts uitgewerkt. Vier voorwaarden bepalen of er immuniteit is: een legitiem doel, toestemming, evenredigheid en foutloos handelen. Dat orgaantransplantatie een legitieme doelstelling van orgaanwegname kan zijn, staat dankzij de Orgaantransplantatiewet juridisch buiten kijf. Deze wet kan hiervoor terugvallen op een stevige ethische basis: de solidariteit tussen mensen. Daarbij moet ook de Wet Patiëntenrechten in acht worden genomen. De levende donor verdient te worden beschouwd als een patiënt.

De Orgaantransplantatiewet maakt het samenspel tussen toestemming en evenredigheid bepalend voor de geoorloofdheid van orgaanwegname. De toestemmingsvoorwaarde berust op het zelfbepalingsrecht. De zelfbepaling of autonomie is in de huidige maatschappij een uiterst belangrijke waarde. Gedwongen orgaanwegname is ondenkbaar. De evenredigheidsvoorwaarde berust op de nood om de autonomie van het individu niet allesoverheersend te laten zijn en ook nog rekening te houden met andere belangen. Aldus kan er geen absoluut recht van de donor op orgaandonatie of -wegname zijn. Het spreekt voor zich dat tussen beide voorwaarden een spanningsveld ligt. De toestemmings- en evenredigheidsvoorwaarde zullen in de volgende hoofdstukken aldus nader worden uitgewerkt om te evalueren of de Orgaantransplantatiewet het juiste evenwicht hanteert.

¹⁷⁸¹ Vgl. H. ANRYS, *La responsabilité civile médicale*, 1974, 99.

¹⁷⁸² En voor de specifieke misdrijven uit art. 17 Orgaantransplantatiewet.

¹⁷⁸³ Corr. Brussel 27 september 1969, *JT* 1969, 635; P. ARNOU, o.c. in A. HEYVAERT, R. KRUIHOF en T. VANSWEEVELT (eds.), *Juridische aspecten van de geneeskunde*, 1989, (163) 171, nr. 23; A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, 2005 (5^{de} ed.), 175, nr. 237; C. VAN DEN WYNGAERT m.m.v. S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen. Deel I*, 2011 (8^{ste} ed.), 252.

¹⁷⁸⁴ H.-D. BOSLY en C. DE VALKENNEER, o.c. in H.-D. BOSLY en C. DE VALKENNEER (eds.), *Les infractions. Volume 2.*, 2010, (483) 490-491.

Hoofdstuk III. Toestemming

367. De autonomie van de donor geldt als uitgangspunt. Orgaanwegneming bij leven voor transplantatie is in principe dus niet mogelijk zonder toestemming. Uit de Orgaantransplantatiewet volgt dat de toestemming tot orgaanwegneming een persoonlijk (afd. 1), wilsbekwaam (afd. 2), vrij en bewust (afd. 3), altruïstisch (afd. 4), geïnformeerd (afd. 5), oordeelkundig (afd. 6), formeel (afd. 7) en herroepbaar (afd. 8) karakter moet vertonen. Bovendien werd voorzien in een controle op deze toestemmingsvoorwaarden (afd. 9). Al deze voorwaarden worden hierna kritisch onderzocht met het oog op verbetering (afd. 10).

Afdeling 1. Persoonlijk karakter

§ 1. SYSTEEM VAN GEDEELDE TOESTEMMING

368. De toestemming van de wilsbekwame donor is de enige toestemming die in naam van de (wilsbekwame) donor vereist wordt. Dit is niet altijd het geval geweest. Overeenkomstig de oorspronkelijke versie van de Orgaantransplantatiewet was voor wegneming van niet-regenererende organen of voor orgaanwegneming met ernstige gevolgen een *bijkomende* toestemming vereist.¹⁷⁸⁵ Indien de donor gehuwd was, moest diens samenlevende echtgenoot ook toestemmen. Indien de donor nog geen 21 jaar was, moesten bovendien de personen van wie volgens het BW de toestemming tot het huwelijk van een minderjarige vereist was (m.a.w. de ouders), toestemming geven. Ook buiten België werd vroeger wel eens een systeem van gedeelde beslissing inzake orgaandonatie verdedigd.¹⁷⁸⁶

Er werd verondersteld dat wegneming van niet-regenererende organen of voor orgaanwegneming met ernstige gevolgen ook de naastbestaanden zou kunnen treffen.¹⁷⁸⁷ In het bijzonder zou de samenwonende echtgenoot hierdoor nadeel kunnen ondervinden. Hij/zij zou immers moeten samenleven met iemand wiens leven in zekere mate gehypothekeerd zou zijn door de wegneming van een niet-regenererend orgaan.¹⁷⁸⁸ Er werd onder meer gedacht aan een niet-geschoolde handarbeider die een nier aan zijn broer zou doneren. Hij zou hierdoor zijn beroep niet meer kunnen voortzetten en zijn gebrek aan scholing zou zijn positie op de arbeidsmarkt compromitteren. Zijn vrouw en kinderen zouden aan een lagere levensstandaard of zelfs armoede blootgesteld worden.¹⁷⁸⁹ Op juridisch vlak werd dit onverenigbaar geacht met de wederzijdse verplichting tot hulp, bijstand en getrouwheid tussen echtgenoten (art. 213 BW) en de innige genegenheidsbanden die hierdoor verschuldigd zijn.¹⁷⁹⁰

De toestemming van de echtgenoot en die van de ouders moesten bovendien ook dienen om de donor zelf te beschermen tegen de ernstige en onomkeerbare gevolgen van deze belangrijke ingreep.¹⁷⁹¹ Men stelde dat jongeren beneden 21 jaar nog zeer beïnvloedbaar zijn

¹⁷⁸⁵ Oud art. 6, § 2 Orgaantransplantatiewet, vervangen door art. 3 wet van 25 februari 2007, *BS* 13 april 2007.

¹⁷⁸⁶ J. MAHONEY, "Ethical aspects of donor consent in transplantation", *J. Med. Ethics* 1975, (67) 67.

¹⁷⁸⁷ Memorie van toelichting, *Parl. St. Senaat* 1984-1985, nr. 832/1, 7.

¹⁷⁸⁸ Verslag HANQUET, *Parl. St. Senaat* 1984-85, nr. 832/2, 14.

¹⁷⁸⁹ J. MATTHIJS, "Bedenkingen ten behoeve van een transplantatiewet", *RW* 1971-72, (161) 172; Juridische nota, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220/9, 52.

¹⁷⁹⁰ J. MATTHIJS, *o.c.*, *RW* 1971-72, (161) 173; Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220/9, 27; Juridische nota, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220/9, 52.

¹⁷⁹¹ J. MATTHIJS, *o.c.*, *RW* 1971-72, (161) 173; Memorie van toelichting, *Parl. St. Senaat* 1984-1985, nr. 832/1, 7; Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220/9, 28; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, Brussel, Services fédéraux des affaires scientifiques, techniques et culturelles, 1996, 108-109.

en wel eens beslissingen zouden kunnen nemen die ze later betreuren.¹⁷⁹² Ook onder echtgenoten vreesde men een overhaaste beslissing van de echtgenoot-donor onder invloed van een onbeheerste emotie of zelfs van hallucinerende stoffen.¹⁷⁹³

§ 2. KRITIEK OP DE GEDEELDE TOESTEMMING

369. Dergelijk systeem van gedeelde beslissingen is echter voor kritiek vatbaar. Er werd opgemerkt dat de donor bij weigering van zijn echtgenoot enkel nog zou kunnen doneren door uit de echt te scheiden. Aldus zou de wil om de (huwelijks-)relatie te beschermen averechts werken.¹⁷⁹⁴ Verder werd aangestipt dat dit systeem kennis van het familie- en bewijsrecht aan de kant van de arts veronderstelt (m.n. de regeling inzake toestemming tot het huwelijk).¹⁷⁹⁵

Daarnaast bestaat er ook een meer fundamentele kritiek. Op basis van het zelfbepalingsrecht kan worden gesteld dat *enkel* de donor zelf moet kunnen beslissen over de aantasting van zijn fysieke integriteit, gelet op het hoogste persoonlijke karakter ervan.¹⁷⁹⁶ Het principe van de autonome uitoefening van het zelfbepalingsrecht werd door het Hof van Cassatie erkend in een arrest van 14 december 2001.¹⁷⁹⁷ In deze zaak rees onder meer de vraag of er voor een sterilisatie zowel de toestemming van de vrouw, als die van haar echtgenoot moeten verkregen worden. Het Hof stelde duidelijk dat in de regel de toestemming tot een medische handeling die de fysieke integriteit van de persoon aantast, enkel door die persoon zelf gegeven moet worden. Deze stelling werd expliciet gekoppeld aan het (persoonlijkheids-)recht op fysieke integriteit van de persoon in kwestie. Het zelfbepalingsrecht, inclusief haar autonome uitoefening, geldt als uitgangspunt, maar kan bij wet beperkt of gemoduleerd worden op voorwaarde dat dit een geoorloofd belang dient en voor zover dit evenredig is aan het belang.¹⁷⁹⁸ Bij orgaandonatie gaat het met name om een afweging tussen de belangen van donor, van de ontvanger en van de naastbestaanden van de donor. Elk van deze belangen komt hierna aan bod.

370. De ontvanger heeft er vanzelfsprekend belang bij dat de orgaanwegname kan plaatsvinden. Het systeem van bijkomende toestemming bemoeilijkt echter de wegneming, aangezien hierdoor strenge voorwaarden worden gesteld. De donor zou de bevoegdheid om alleen te beslissen wel kunnen herwinnen via verbreking van de relatie of het bereiken van een bepaalde leeftijd. Maar voor een ontvanger die in levensgevaar verkeert, zal deze hulp wellicht

¹⁷⁹² Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220/9, 28.

¹⁷⁹³ J. MATTHIJS, *o.c.*, *RW* 1971-72, (161) 173; Juridische nota, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220/9, 53.

¹⁷⁹⁴ Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220/9, 26. Ook in die zin: S. OTTEN en R. WILMOTTE, "Le droit à la libre disposition de son corps – L'opposition du conjoint au prélèvement d'organes", *Rev. Dr. Liège* 2004, (286) 289 en 291.

¹⁷⁹⁵ H. WILLEKENS, "De rol van het recht in de medicalisering van de maatschappelijke besluitvorming: abdicatie en organisatie" in A. HEYVAERT, R. KRUIHOF en T. VANSWEEVELT (eds.), *Juridische aspecten van de geneeskunde*, 1989, Antwerpen, Kluwer, 1989, (11) 26.

¹⁷⁹⁶ J.E.M. AKVELD, *Transplantatie en wetgeving: werkelijkheid en ideaal*, Lelystad, Vermande, 1987, 92-93; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 109-110; S. OTTEN en R. WILMOTTE, *o.c.*, *Rev. Dr. Liège* 2004, (286) 287 en 291-293. Vgl. ook: Verslag HANQUET, *Parl. St. Senaat* 1984-85, nr. 832/2, 14; M. VAN QUICKENBORNE, "De instemming van de patiënt in de therapeutische relatie", *RW* 1986-87, (2401) 2405; K. SCHUTYSER, "Enkele juridische opmerkingen" in L. APOSTEL, P. DEVROEY en H. CAMMAER (eds.), *Beschikken over lijf en leven. Ethische vragen rond vrijheid en geborgenheid*, Leuven, Acco, 1987, (85) 86-87; Y.-H. LELEU en G. GENICOT, *Le droit médical. Aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2001, 218; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Brussel, Larcier, 2010, 734; Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2010-11, nr. 53-1009/1, 48. Zie ook: J.-P. DOLL, *La discipline des greffes, des transplantations et des autres actes de disposition concernant le corps humain*, Parijs, Masson, 1970, 71.

¹⁷⁹⁷ Cass. 14 december 2001, *Arr. Cass.*, 2200, concl. DU JARDIN; *JT* 2002, 261, noot C. TROUET; *JLMB* 2002, 532, noot Y.-H. LELEU en G. GENICOT en T. Gez. 2001-02, 239, noot J. FAGNART.

¹⁷⁹⁸ Zie *supra* Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, C van dit Deel. Vgl. ook S. OTTEN en R. WILMOTTE, *o.c.*, *Rev. Dr. Liège* 2004, (286) 292.

te laat komen. Ook het moeten verduren van een lage levenskwaliteit zal niet retroactief ongedaan gemaakt kunnen worden. Dit kan niet enkel dramatische gevolgen hebben voor de ontvanger, maar ook voor de donor die doorgaans een hechte band met de ontvanger heeft.¹⁷⁹⁹

371. Voor de donor is het van belang dat deze geen overhaaste beslissingen neemt en dat zijn gezondheid slechts in uitzonderlijke gevallen op het spel wordt gezet. Dergelijk belang rechtvaardigt echter niet de invoering van een systeem van bijkomende toestemmingen. Door onder meer de evenredigheidsvoorwaarde (art. 6, § 1 Orgaantransplantatiewet), het vereiste van een oordeelkundige beslissing (art. 9, lid 3 Orgaantransplantatiewet) en de verplichte beoordeling van de geschiktheid van de donor door een multidisciplinair overlegcomité (art. 8bis Orgaantransplantatiewet) kunnen de genoemde belangen van de donor m.i. reeds afdoende beschermd worden.¹⁸⁰⁰

Het feit dat een sterilisatie geen therapeutische noodzaak dient en onomkeerbaar is doet volgens het Hof van Cassatie evenmin afbreuk aan de regel van de autonome uitoefening.¹⁸⁰¹ Ook het beperkte therapeutische nut van een orgaandonatie of het niet regenereren van het orgaan rechtvaardigen dus geen afwijking op het principe van autonome uitoefening. Dezelfde oplossing wordt overigens impliciet bevestigd in de Wet Patiëntenrechten, die zelfs voor gezondheidszorgverstrekkingen met een risicovol karakter geen bijkomende toestemming van de echtgenoot of van andere naasten van de patiënt vereist. Hetzelfde volgt uit de Belgische abortuswetgeving (art. 348-352 Sw.).¹⁸⁰²

372. Het belang van de naastbestaanden van de donor situeert zich met name in het vermijden van de nadelige gevolgen van de orgaanwegname die tot hun eigen situatie doorwerken. Wat betreft het eventuele vermogensnadeel moet worden opgemerkt dat de kosten van de levende donor vergoed kunnen worden,¹⁸⁰³ zodat dit eventuele nadeel wordt opgevangen.

Wat betreft de extrapatrimoniale nadelen kan worden gedacht aan relationele spanningen en (psychologische) druk op de relatie tussen de donor en diens naaste(n). Doorgaans zal de donor de beslissing tot orgaanwegname *de facto* wel moeten bespreken met zijn partner of eventueel andere naastbestaanden. Het is immers van belang om te achterhalen of hij voor zijn beslissing kan rekenen op steun uit zijn omgeving. Zonder deze steun kan gevreesd worden voor postoperatieve psychologische risico's.¹⁸⁰⁴ Afhankelijk van de concrete situatie kunnen deze risico's onevenredig groot zijn, zodat de wegname niet mag doorgaan. Overleg met de naastbestaanden is dus in feite wel wenselijk.¹⁸⁰⁵

Het zou echter te ver gaan om altijd het overleg met of de toestemming van de echtgenoot of andere naasten bij wet verplicht te stellen.¹⁸⁰⁶ Het is uiteindelijk de persoon over wiens lichaam het gaat, die op basis van zijn zelfbepalingsrecht moet kunnen kiezen of hij de nadruk legt op zijn relatie met de ontvanger, dan wel zijn relatie met de weigerende naaste. Zo

¹⁷⁹⁹ Vgl. T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 108.

¹⁸⁰⁰ Vgl. T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 110.

¹⁸⁰¹ Cass. 14 december 2001, *Arr. Cass.*, 2200, concl. DU JARDIN; *JT* 2002, 261, noot C. TROUET; *JLMB* 2002, 532, noot Y.-H. LELEU en G. GENICOT en *T. Gez.* 2001-02, 239, noot J. FAGNART.

¹⁸⁰² S. OTTEN en R. WILMOTTE, *o.c.*, *Rev. Dr. Liège* 2004, (286) 293.

¹⁸⁰³ Zie uitgebreider *infra* Hoofdstuk IV, Afd. 1, § 2, C van dit Deel.

¹⁸⁰⁴ Vgl. J.E.M. AKVELD, *Transplantatie en wetgeving*, 1987, 93. Zie verder *infra* Hoofdstuk IV, Afd. 1, § 2, B.2.e.

¹⁸⁰⁵ Zie ook: Verslag HANQUET, *Parl. St. Senaat* 1984-85, nr. 832/2, 15.

¹⁸⁰⁶ Vgl. S. OTTEN en R. WILMOTTE, *o.c.*, *Rev. Dr. Liège* 2004, (286) 292; Verslag HANQUET, *Parl. St. Senaat* 1984-85, nr. 832/2, 15 (overleg met echtgenoot).

liet ook het Hof van Cassatie in het arrest van 14 december 2001 verstaan dat het gebrek aan akkoord van de echtgenoot weliswaar een inbreuk op de huwelijkse plichten of een reden tot echtscheiding kan uitmaken, maar dat zelfs dit geen afbreuk doet aan voornoemd principe.¹⁸⁰⁷ Dit geldt eens te meer nu aan de kant van de ontvanger steeds diens fysieke integriteit op het spel staat, terwijl er ten aanzien van de weigerende naaste ‘slechts’ een kans op een moreel nadeel bestaat. Terecht werd de bijkomende toestemming van echtgenoten en ouders dan ook door de wetgever afgeschaft wegens “*verouderd (...) in het licht van de gangbare levenswijzen in onze moderne samenleving*”.¹⁸⁰⁸

Afdeling 2. Wilsbekwaam karakter

§ 1. GRONDSLAG

373. De donor kan slechts geldig toestemmen indien hij wilsbekwaam is. Hij moet ten tijde van de toestemming het vermogen hebben om de gevolgen van zijn toestemming te kunnen begrijpen en te kunnen afwegen.¹⁸⁰⁹ De donor moet m.a.w. voldoende wilsbesef en rijpheid van geest bezitten.¹⁸¹⁰

Het vereiste van wilsbekwaamheid wordt niet uitdrukkelijk in de Orgaantransplantatiewet genoemd, maar kan er wel duidelijk uit worden afgeleid. Zo vereist artikel 8, § 1 Orgaantransplantatiewet dat de toestemming vrij en bewust wordt gegeven. Dit veronderstelt de feitelijke wilsbekwaamheid.¹⁸¹¹ Hetzelfde kan worden afgeleid uit artikel 9, lid 3 Orgaantransplantatiewet, dat een ‘oordeelkundige’ beslissing (*‘avec discernement’*) vereist.¹⁸¹² In die zin moet ook artikel 5, lid 2 Orgaantransplantatiewet opgevat worden. Deze bepaling stelt uitdrukkelijk dat geen enkele orgaanwegname mag worden verricht bij een levende persoon die “*niet in staat is zijn wil te uiten*”. Deze bepaling kan echter enigszins misleidend zijn. Letterlijk betekent ze dat de donor zich *tijdens* de orgaanwegname niet in een toestand van wilsonbekwaamheid mag bevinden. Iedere donor ondergaat de wegname weliswaar onder narcose en is op dat moment dus wilsonbekwaam. Een letterlijke lezing zou onzinnig zijn, aangezien ze iedere orgaanwegname bij levenden *de facto* onmogelijk zou maken. Dit is nooit de bedoeling van artikel 5, lid 2 geweest. Deze bepaling houdt slechts in

¹⁸⁰⁷ Cass. 14 december 2001, *Arr. Cass.*, 2200, concl. DU JARDIN; *JT* 2002, 261, noot C. TROUET; *JLMB* 2002, 532, noot Y.-H. LELEU en G. GENICOT en *T. Gez.* 2001-02, 239, noot J. FAGNART.

¹⁸⁰⁸ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 51-2680/1, 7.

¹⁸⁰⁹ Zie: GEZONDHEIDSRaad, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, Den Haag, Gezondheidsraad, 2003, nr. 2003/1, 112; M. ABECASSIS *et al.*, “Consensus Statement on the Live Organ Donor”, *JAMA* 2000, (2919) 2920; THE ETHICS COMMITTEE OF THE TRANSPLANTATION SOCIETY, “The Consensus Statement of the Amsterdam Forum on the Care of the Live Kidney Donor”, *Transplantation* 2004, vol. 78, nr. 4, (491) 491; B. DICKENS, “Donation and transplantation of organs and tissues” in A. GRUBB (ed.), *Principles of medical law*, Oxford, Oxford University Press, 2004 (2^{de} ed.), (1025) 1060; Human Tissue Authority Code of practice 2: donation of solid organs for transplantation (2014), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, nr. 79.

¹⁸¹⁰ J. MATTHIJS, *o.c.*, *RW* 1971-72, (161) 173, nr. 22; H. Nys maakt de vergelijking met art. 901 BW, dat voor een schenking onder de levenden eveneens vereist dat de schenker ‘gezonder van geest’ is (H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, Mechelen, Kluwer, 2005, 516, nr. 1207). Op basis van art. 901 BW werd voor giften wel eens verdedigd dat, anders dan in het gemeen recht (m.n. art. 1109 BW), een gedeeltelijke aantasting, verzwakking of versterking van de wil volstaat om de nietigheid van de gift te verkrijgen (de zgn. ‘theorie van de versterkte toestemming’). Deze opvatting wordt echter bekritiseerd (H. NYS, “Commentaar bij art. 901 BW” in in COENE, M. *et al.* (eds.), *Erfenissen, schenkingen en testamenten*, Antwerpen, Kluwer, 2008, nrs. 3-4). Zie algemeen: F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het burgerlijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 498.

¹⁸¹¹ Advies Raad van State, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 832-1, 30, die stelde dat dit duidelijker in de wet had moeten staan; I. BOONE, “Het wegnemen en transplanteren van organen volgens het Belgische recht”, *TPR* 1996, (91) 108; A. DIERICKX, *Toestemming en strafrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 349, voetnoot 1984; A. BELHOUSSE, “Prélèvement et transplantation d’organes à travers la législation marocaine et la législation belge”, *Con. M.* 2008, (27) 33. Vgl. T. VANSWEEVELT, “Art. 8 Orgaantransplantatiewet” in *Comm. Pers.*, 2007, currens. 2; Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 832/1, 8, waar in het raam van deze voorwaarde over onbekwaamverklaringen wordt gesproken.

¹⁸¹² Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220/9, 36-37, waar wordt gesteld dat de donor ‘gezonder van geest’ moet zijn. Zie over het ‘oordeelkundig’ karakter van de toestemming Afd. 6 van dit Hoofdstuk.

dat de wilsbekwaamheid moet bestaan op het moment dat de toestemming tot orgaanwegneming wordt gegeven. Deze toestemming moet op haar beurt voorafgaand aan de orgaanwegneming gegeven worden¹⁸¹³ en moet tot op het moment van de wegneming blijven gelden. Orgaanwegneming bij een levende wilsonbekwame kan als wanbedrijf worden gestraft met een geldboete en/of een gevangenisstraf.¹⁸¹⁴

§ 2. DE WET HERVORMING ONBEKWAAMHEID

A. De oude onbekwaamheidsstatuten

374. Er moet een onderscheid gemaakt worden tussen de wilsbekwaamheid enerzijds en de handelings- en rechtsbekwaamheid anderzijds.¹⁸¹⁵ De wilsbekwaamheid houdt in dat men in staat is om in werkelijkheid te beslissen of bepaalde materiële daden te stellen. De handelings- en rechtsbekwaamheid betreffen daarentegen (slechts) een juridische kwalificatie. Terwijl de wilsbekwaamheid de feitelijke waarheid weerspiegelt, vormen de rechts- en handelingsbekwaamheid een juridische waarheid. De rechtsbekwaamheid houdt meer bepaald in dat men *titularis* is van rechten en plichten. In principe is eenieder rechtsbekwaam voor alle mogelijke rechten en plichten, behoudens de wettelijk voorziene uitzonderingen. De handelingsbekwaamheid houdt in dat men deze rechten en plichten ook zelf en zelfstandig kan *uitoefenen*. Terwijl rechtsbekwaamheid niet noodzakelijk handelingsbekwaamheid veronderstelt, vereist handelingsbekwaamheid andersom wel rechtsbekwaamheid. Behoudens de bij wet gestelde uitzonderingen is eenieder in principe handelingsbekwaam (art. 1123 BW).

Artikel 5, lid 2, artikel 8, § 1 en artikel 9, lid 3 Orgaantransplantatiewet vereisen enkel de wilsbekwaamheid. Hoewel de wetgever in 1985 stelde dat gerechtelijk onbekwaamverklaarden en verlengd minderjarigen - allebei statuten van handelingsonbekwaamheid - geen toestemming in de zin van artikel 8, § 1 Orgaantransplantatiewet konden geven, werd niettemin ook verklaard dat de toestemming een feitenkwestie is.¹⁸¹⁶ Hoewel de wetgever dus leek te stellen dat de gerechtelijke onbekwaamverklaring (oud art. 489 BW e.v.) of de verlengde minderjarigheid (oud art. 487*bis* BW e.v.) noodzakelijk wilsonbekwaamheid impliceert inzake orgaanwegneming, werd dit uiteindelijk toch niet zo bedoeld. De wilsbekwaamheid kon samenvallen met de rechts- of handelingsbekwaamheid, maar dit was niet noodzakelijk zo.

In geval van discrepantie tussen de wilsbekwaamheid en handelingsonbekwaamheid moest *enkel* rekening worden gehouden met de wilsbekwaamheid. De gerechtelijke onbekwaamverklaring en de verlengde minderjarigheid waren statuten van algemene onbekwaamheid (d.w.z. ten aanzien van alle rechtshandelingen).¹⁸¹⁷ Juridisch-technisch kon dan ook worden verdedigd dat de Orgaantransplantatiewet als *lex specialis* van deze algemene onbekwaamheidsregels afweek door enkel met de feitelijke bekwaamheid rekening te willen houden. Krachtens de Orgaantransplantatiewet bracht de wilsbekwaamheid met andere worden de handelingsbekwaamheid voor orgaandonatie met zich mee.

¹⁸¹³ Art. 5, lid 1 Orgaantransplantatiewet.

¹⁸¹⁴ Art. 17, § 3, lid 1 Orgaantransplantatiewet.

¹⁸¹⁵ Zie: P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2011, 63-66; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 148-151 ('wilsgeschiktheid').

¹⁸¹⁶ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 1984-1985, nr. 832/1, 8.

¹⁸¹⁷ De overige statuten van onbekwaamheid, nl. voorlopig bewind (oud art. 488*bis*, a) BW e.v.), toevoeging van een gerechtelijk raadsman (oud art. 1247 Ger. W. en oud art. 513 BW e.v.) worden hier vanzelfsprekend niet vermeld, omdat ze enkel betrekking hebben op vermogensbeheer. De toestemming tot orgaanwegneming is daarentegen een persoonsaangelegenheid.

B. Het nieuwe statuut van ‘beschermd persoon’

375. Ondertussen heeft de wet van 17 maart 2013 tot hervorming van de regelingen inzake onbekwaamheid en tot instelling van een nieuwe beschermingsstatus die strookt met de menselijke waardigheid¹⁸¹⁸ (verkort: Wet Hervorming Onbekwaamheid) de statuten van gerechtelijke onbekwaamverklaring en verlengde minderjarigheid opgeheven.¹⁸¹⁹ In de plaats kwam één statuut, namelijk het statuut van ‘beschermd persoon’. Dit statuut is bedoeld voor de meerderjarige die wegens zijn (fysieke of geestelijke)¹⁸²⁰ gezondheidstoestand geheel of gedeeltelijk, zij het tijdelijk niet in staat is zonder bijstand of andere beschermingsmaatregel zijn belangen van vermogensrechtelijke of niet-vermogensrechtelijke aard zelf behoorlijk waar te nemen (art. 488/1, lid 1 BW). Telkens wanneer de vrederechter nu een rechterlijke beschermingsmaatregel met betrekking tot de persoon beveelt, is hij krachtens artikel 492/1, § 1, lid 3, 17° BW verplicht om specifiek te oordelen over de bekwaamheid¹⁸²¹ van deze beschermd persoon om toe te stemmen tot orgaanwegneming in de zin van artikel 5 Orgaantransplantatiewet. Deze afzonderlijke verklaring past in het opzet van de wetgever om de vrederechter maatwerk te laten verrichten.¹⁸²²

De vrederechter *moet* dus beslissen of de persoon in kwestie al dan niet handelingsbekwaam is om zelf toestemming voor orgaanwegneming bij leven te geven, zelfs indien deze vraag op dat moment nog niet van belang is. Positief is dat de vrederechter op het moment van zijn uitspraak in principe zal beschikken over een recente en omstandige beschrijving van de gezondheidstoestand van de te beschermen persoon (art. 1241 Ger. W.). De vrederechter dient hierover eveneens alle nuttige inlichtingen in te winnen bij een arts-deskundige, dan wel bij de omgeving van de te beschermen persoon (art. 1244, § 1 Ger. W.). Bovendien kan de vrederechter ambtshalve of op verzoek een einde maken aan de opgelegde beschermingsregel (*in casu* de onbekwaamverklaring om toe te stemmen voor orgaanwegneming) of de inhoud ervan wijzigen (art. 492/4, lid 1 BW). Hoe dan ook moet de beschermingsmaatregel uiterlijk om de twee jaar geëvalueerd worden (art. 492/4, lid 2 BW). Dit alles maakt dat de handelingsonbekwaamheid om toe te stemmen tot orgaanwegneming normaal wel zal samenvallen met de feitelijke wilsonbekwaamheid.

376. Niettemin blijft in de nieuwe regeling een discrepantie tussen wilsbekwaamheid en handelingsbekwaamheid mogelijk. Er zijn vier hypothesen denkbaar. Ten eerste kan het zijn dat de vrederechter de beschermd persoon ten aanzien van artikel 5 Orgaantransplantatiewet *handelingsbekwaam* heeft verklaard én dat deze persoon op het moment dat de toestemming moet worden gegeven ook daadwerkelijk *wilsbekwaam* is. In dat geval kan de toestemming geldig gegeven worden.

Ten tweede kan het zijn dat de vrederechter de beschermd persoon ten aanzien van artikel 5 Orgaantransplantatiewet *handelingsbekwaam* heeft verklaard, maar dat deze persoon op het moment dat de toestemming moet worden gegeven *wilsonbekwaam* wordt geacht. In dat

¹⁸¹⁸ BS 14 juni 2013.

¹⁸¹⁹ Deze wet is in werking getreden op 1 september 2014 (art. 233 Wet Hervorming Onbekwaamheid). De regels betreffende gerechtelijke onbekwaamverklaring en verlengde minderjarigheid blijven evenwel voorlopig van toepassing op zij die op het moment van inwerkingtreding van de Wet Hervorming Onbekwaamheid onder deze statuten vallen gedurende max. vijf jaar of eerder indien deze statuten aanpassing vereisen (art. 229-230 Wet Hervorming Onbekwaamheid).

¹⁸²⁰ Verslag BROTCORNE en VAN HECKE, *Parl. St. Kamer* 2011-2012, nr. 53-1009/010, 27; F. SWENNEN, “De meerderjarige beschermd personen (Deel I)”, *RW* 2013-14, (563) 566.

¹⁸²¹ Hiermee bedoelt men de bevoegdheid om rechten en plichten zelf en zelfstandig uit te oefenen (art. 491, e BW). Het gaat met andere woorden over de *handelingsbekwaamheid*.

¹⁸²² Zie: Verslag BROTCORNE en VAN HECKE, *Parl. St. Kamer* 2011-2012, nr. 53-1009/010, 42.

geval kan er geen geldige toestemming gegeven worden. Het vereiste van wilsbekwaamheid uit de Orgaantransplantatiewet moet immers nageleefd worden. Bezwaarlijk kan worden verondersteld dat de uitspraak van de vrederechter overeenkomstig artikel 492/1, § 1, lid 3, 17° BW de wettelijke voorwaarde van wilsbekwaamheid uit de Orgaantransplantatiewet zou opheffen. Het was juist de bedoeling van de wetgever om zo weinig mogelijk te raken aan de Orgaantransplantatiewet.¹⁸²³ Dit zou bovendien minder bescherming bieden aan de kwetsbare wilsonbekwame persoon, wat evenmin de bedoeling kan zijn.

Ten derde kan het zijn dat de vrederechter de beschermde persoon ten aanzien van artikel 5 Orgaantransplantatiewet *handelingsonbekwaam* heeft verklaard én dat deze persoon op het moment dat de toestemming moet worden gegeven ook *wilsonbekwaam* blijkt. In dat geval kan de toestemming niet geldig gegeven worden. Handelingen die worden verricht in strijd met de door de vrederechter vastgestelde onbekwaamheid, zijn nietig.¹⁸²⁴ Voor sommige gevallen van handelingsonbekwaamheid maakt de Wet Hervorming Onbekwaamheid het mogelijk dat de beschermde persoon vertegenwoordigd kan worden of bijstand¹⁸²⁵ kan genieten van de bewindvoerder. Deze mogelijkheid staat echter niet open voor orgaandonatie. Orgaanwegneming is, net als enige andere chirurgische handeling, een handeling die de fysieke integriteit aantast. Krachtens artikel 497/2, 20° BW is vertegenwoordiging door de bewindvoerder of bijstand voor het verlenen van toestemming tot het stellen van handelingen die de fysieke integriteit van de beschermde persoon aantasten, niet mogelijk.¹⁸²⁶ De wetgever achtte zo'n handeling te gewichtig en te persoonlijk om over te laten aan de beslissing van iemand anders.¹⁸²⁷ De handelingsonbekwaamheid impliceert daardoor de rechtsonbekwaamheid.¹⁸²⁸ Artikel 497/2, 20° BW geldt weliswaar onverminderd de afwijkende bepalingen opgenomen in bijzondere wetten. Maar noch de Orgaantransplantatiewet, noch de Wet Patiëntenrechten of enige andere wet laten vertegenwoordiging voor de toestemming tot orgaanwegneming bij leven met het oog op transplantatie toe.¹⁸²⁹

Ten slotte rest er nog de hypothese waarin de vrederechter de beschermde persoon ten aanzien van artikel 5 Orgaantransplantatiewet *handelingsonbekwaam* heeft verklaard, maar deze persoon op het moment dat de toestemming moet worden gegeven wél *wilsbekwaam* is. Conform de nieuwe regeling moet dan worden geconcludeerd dat er geen geldige toestemming kan worden gegeven, ondanks de wilsbekwaamheid. In tegenstelling tot vóór de Wet Hervorming Onbekwaamheid kan men niet anders dan rekening houden met de handelingsonbekwaamheid. Anders zou dit de specifieke verplichting van de vrederechter om

¹⁸²³ Verslag BROTCORNE en VAN HECKE, *Parl. St. Kamer* 2011-2012, nr. 53-1009/010, 18.

¹⁸²⁴ Art. 493, § 1 en § 3 BW.

¹⁸²⁵ De bijstand is een techniek om de onbekwaamheid op te vangen door de beschermde persoon zelf, maar niet zelfstandig een bepaalde handeling te laten stellen. Bij vertegenwoordiging kan de beschermde personen niet zelf, noch zelfstandig deze handeling stellen (art. 491, f en g BW).

¹⁸²⁶ In dezelfde zin: N. GALLUS, "L'avenir de la protection des personnes vulnérables" in G. GENICOT (ed.), *Nouveaux dialogues en droit médical*, Luik, Anthemis, 2012, (87) 104 en H. NYS en L. BODDEZ, "De meerderjarige beschermde personen bekeken vanuit gezondheidsrechtelijke invalshoek", *RW* 2013-14, (1083) 1087, nr. 15. Deze auteurs stellen daarbij dat de toestemming tot orgaanwegneming bij leven best aan de lijst van art. 497/2 BW wordt toegevoegd. Hiermee kan worden ingestemd aangezien dit de rechtszekerheid ten goede komt. Schijnbaar *contra*: G. VERSCHELDEN, "Onbekwaamheid – de persoon" in P. SENAEVE, F. SWENNEN en G. VERSCHELDEN (eds.), *Meerderjarige beschermde personen*, Brugge, die Keure, 2014, (49) 68, die toestemming tot orgaanwegneming bij leven rekent onder de persoonlijke aangelegenheden die niet hoogstpersoonlijk zijn, zodat bijstand of vertegenwoordiging door de bewindvoerder mogelijk is.

¹⁸²⁷ Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2010-11, nr. 53-1009/1, 48.

¹⁸²⁸ Verslag BROTCORNE en VAN HECKE, *Parl. St. Kamer* 2011-2012, nr. 53-1009/010, 24.

¹⁸²⁹ Zie uitvoerig over het absoluut verbod op wilsonbekwame levende donoren en de kritiek daarop *infra* Hoofdstuk V, Afd. 2 en 3 van dit Deel.

hierover te oordelen volledig uithollen,¹⁸³⁰ wat niet de bedoeling van de wetgever kan zijn.¹⁸³¹ De enige oplossing *de lege lata* om alsnog orgaandonatie door de wilsbekwame beschermde persoon mogelijk te maken, is de aanpassing van de onbekwaamverklaring via de vrederechter (art. 492/4, lid 1 BW).¹⁸³²

C. Voorstel tot wijziging van de regels inzake beschermde personen

377. Het wringt dat de rechterlijke onbekwaamverklaring orgaandonatie door de beschermde persoon belet wanneer hij daartoe feitelijk *wilsbekwaam* is. De vraag rijst of artikel 492/1, § 1, lid 3, 17° BW hierdoor niet strijdig is met het zelfbepalingsrecht van de beschermde persoon, zoals o.a. gewaarborgd via artikel 8 EVRM.¹⁸³³ Opdat een inmenging in dit zelfbepalingsrecht geoorloofd kan zijn, volstaat het immers niet dat ze bij wet is bepaald. Ze moet ook noodzakelijk zijn om een welbepaald legitiem doel te behartigen (art. 8, lid 2 EVRM).¹⁸³⁴

Het vereiste van een legitiem doel lijkt *in casu* geen bezwaar op te leveren. Door de vrederechter te doen oordelen over de toestemmingsbekwaamheid voor orgaanwegname bij leven beoogde de wetgever uniformiteit, een doordachte onbekwaamverklaring, transparantie en rechtszekerheid.¹⁸³⁵ Nu hiermee de gezondheid van de donor, alsook de rechten van anderen (vnl. rechtszekerheid voor de arts) gediend worden, is aan het legitieme doel-vereiste van artikel 8, lid 2 EVRM voldaan.

378. De vervulling van het noodzakelijkheidsvereiste is daarentegen niet vanzelfsprekend. Meer bepaald is de verplichting van de vrederechter om zich *in abstracto*, los van enige concrete aanleiding, uit te spreken over de bekwaamheid tot orgaandonatie m.i. geen erg pertinent middel om de gezondheid van de donor te beschermen. In sommige gevallen zal men pas werkelijk kunnen achterhalen of de levende donor de gevolgen van een wegneming begrijpt, wanneer hij over deze gevolgen werd geïnformeerd en hierover werd gesproken. Aangezien de gevolgen van een orgaanwegname toch in zekere mate bepaald worden door de concrete omstandigheden, zal een adequate bekwaamheidsbeoordeling nog niet kunnen plaatsvinden.

¹⁸³⁰ Ofschoon art. 5 Orgaantransplantatiewet specifiek bepaalt dat de levende donor wilsbekwaam moet zijn, bepaalt ook art. 492/1, § 1, lid 3, 17° BW specifiek dat een persoon handelingsonbekwaam kan worden verklaard inzake orgaanwegname bij leven. Het *lex specialis*-principe laat dus niet toe om de Orgaantransplantatiewet (en daarmee de wilsbekwaamheid) voorrang te geven. Bovendien is er ook een interpretatieprincipe dat voorrang geeft aan de meest recente wet, wat hier ten voordele van art. 492/1, § 1, lid 3, 17° BW speelt.

¹⁸³¹ Zie *a contrario*: Verslag BROTCORNE en VAN HECKE, *Parl. St. Kamer* 2011-2012, nr. 53-1009/010, 8, waaruit de bedoeling blijkt om de beroepsbeoefenaar met betrekking tot de handelingen uit art. 492/1, § 1, lid 3 BW geen beoordelingsvrijheid omtrent de wilsbekwaamheid meer toe te kennen. Merk echter op dat de wilsbekwaamheid wél voorrang heeft op de handelingsonbekwaamheid bij o.a. de uitoefening van de rechten uit de Wet Patiëntenrechten (zie art. 14, § 2 van deze wet) en bij de toestemming tot wegneming van lichaamsmateriaal in het raam van de Wet Menselijk Lichaamsmateriaal (art. 10, § 3 van deze wet). Anders dan voor de toestemming uit art. 5 Orgaantransplantatiewet is de onbekwaamverklaring hier nog wél zinvol en holt ze de verplichting van de vrederechter om zich uitdrukkelijk over de bekwaamheid daartoe uit te spreken (art. 492/1, § 1, lid 3, 15° en 19° BW), niet uit. In tegenstelling tot orgaanwegname bij leven zijn immers de uitoefening van de patiëntenrechten en het recht op toestemming tot wegneming van menselijk lichaamsmateriaal bij leven wél voor vertegenwoordiging vatbaar (zie voornoemde wetsbepalingen). De onbekwaamverklaring is dan vereist om de bewindvoerder over de persoon bevoegd te maken om in voorkomend geval van wilsonbekwaamheid de patiëntenrechten en de toestemming tot wegneming van menselijk lichaamsmateriaal uit te oefenen (Verslag BROTCORNE en VAN HECKE, *Parl. St. Kamer* 2011-2012, nr. 53-1009/010, 23; F. SWENNEN, o.c., *RW* 2013-14, (563) 575; G. VERSCHULDEN, o.c. in P. SENAEVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (eds.), *Meerderjarige beschermde personen*, 2014 (49) 65).

¹⁸³² Vgl. G. VERSCHULDEN, o.c. in P. SENAEVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (eds.), *Meerderjarige beschermde personen*, 2014 (49) 64-65.

¹⁸³³ Zie ook: art. 3(a) en art. 17 Gehandicaptenverdrag; principes 22 en 23, Recommendation R (99) 4 of the Committee of Ministers to member states on principles concerning the legal protection of incapable adults, www.coe.int. Het was tenslotte de bedoeling van de wetgever om met het nieuwe statuut van beschermde persoon de Belgische wetgeving met deze internationale teksten in overeenstemming te brengen (memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2010-11, nr. 53-1009/1, 5).

¹⁸³⁴ Zie reeds *supra* Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, C van dit Deel.

¹⁸³⁵ Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2010-11, nr. 53-1009/1, 42.

Het is eveneens vreemd dat de beslissing van de vrederechter mogelijk slechts is gebaseerd op de beoordeling van één arts, die niet noodzakelijk sterk vertrouwd is met orgaandonatie. Er mag toch worden verwacht dat de adviserende arts bekend is met de eigenheid van de psychologische aspecten van orgaanwegname bij leven? Deze garantie ontbreekt echter. De accurate beoordeling van de gerechtelijke onbekwaamverklaring inzake art. 5 Orgaantransplantatiewet kan hierdoor in twijfel getrokken worden.

Deze onbekwaamverklaring mag niet los worden gezien van de reeds bestaande waarborgen voor de donor. Zo vereist iedere orgaanwegname bij leven eveneens een voorafgaand multidisciplinair overleg, waarbij onder meer het vermogen van de donor om met de orgaanwegname in te stemmen moet worden beoordeeld.¹⁸³⁶ Dit overleg laat reeds een accurate beoordeling van de capaciteiten van de betrokkene toe. Het is onnodig om deze waarborg aan te vullen met een minder accurate rechterlijke beoordeling. Bijgevolg moet m.i. wegens schending van het noodzakelijkheidsvereiste uit art. 8 EVRM de verplichting voor de vrederechter om *in abstracto* te oordelen over bekwaamheid tot toestemming in het raam van artikel 5 Orgaantransplantatiewet worden aangepast. De *in concreto* beoordeling van de wilsbekwaamheid van de levende donor moet steeds doorslaggevend zijn.¹⁸³⁷

§ 3. BEOORDELING VAN DE WILSBEKWAAMHEID

A. Algemeen principe

379. De wilsbekwaamheid is klaarblijkelijk een feitenkwesitie en moet dus telkens *in concreto* beoordeeld worden.¹⁸³⁸ Artikel 5, lid 2 Orgaantransplantatiewet vereist enkel dat de wil *met betrekking tot* orgaanwegname bij leven moet geuit kunnen worden (taakspecifiek of functioneel karakter).¹⁸³⁹ Dat de persoon met betrekking tot andere kwesties ongeschikt blijkt zijn wil te uiten, sluit een geldige toestemming tot orgaanwegname dus niet noodzakelijk uit.

Overeenkomstig artikel 492/1, § 1, lid 2 BW¹⁸⁴⁰, artikel 1123 BW en artikel 12, lid 2 Gehandicaptenverdrag¹⁸⁴¹ kan worden gesteld dat de wilsbekwaamheid moet worden vermoed bij gebrek aan tegenaanwijzingen.¹⁸⁴² Volgens B. Dickens vereist orgaandonatie weliswaar een grotere mate van wilsbekwaamheid dan gewone therapeutische ingrepen omdat orgaandonatie niet in het fysieke belang van de donor is en bovendien een emotioneel nadeel kan berokkenen.¹⁸⁴³ Deze stelling kan echter niet zomaar worden aangenomen. De beoordeling

¹⁸³⁶ Art. 8bis, lid 2 Orgaantransplantatiewet en *infra* Afd. 9 van dit Hoofdstuk.

¹⁸³⁷ Zie ook: A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation: Key Legal and Ethical Issues*, Aldershot, Ashgate, 1999, 153.

¹⁸³⁸ H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 2005, 514; I. BOONE, o.c., *TPR* 1996, (91) 108-109; A. BELHOUS, o.c., *Con. M.* 2008, (27) 33; C. TROUET, *Van lichaam naar lichaamsmateriaal. Nader gebruik van cellen en weefsels*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 115; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2010, 735. Vgl. F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het burgerlijk recht*, 2001 499 en 546; C. LEMMENS, “De handelings- en wilsonbekwamen” in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (817) 936.

¹⁸³⁹ Vgl. ook met Nederland: artikel 3, lid 1 Wet Orgaandonatie vereist slechts dat de donor “*in staat is tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake*” (eigen onderlijning). Zie in het algemeen uitvoerig: F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het burgerlijk recht*, 2001 546-547 en 552 e.v. (in verband met de criteria voor de beoordeling van de wilsgeschiktheid); C. LEMMENS, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (817) 935, die erop wijst dat het behoren tot een bepaalde categorie (bv. psychiatrische patiënt) wel een feitelijk vermoeden van wilsonbekwaamheid kan scheppen.

¹⁸⁴⁰ Zie ook: memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2010-11, nr. 53-1009/1, 6; Verslag BROTCORNE en VAN HECKE, *Parl. St.* Kamer 2011-2012, nr. 53-1009/010, 18.

¹⁸⁴¹ VN Verdrag van 13 december 2006 inzake de rechten van personen met een handicap, *BS* 22 juli 2009.

¹⁸⁴² Zie ook: Y.-H. LELEU en G. GENICOT, “La maîtrise de son corps par la personne”, *JT* 1999, (589) 592; C. LEMMENS, *Voorafgaande wilsverklaringen met betrekking tot het levenseinde*, 2013, 158-159; F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het burgerlijk recht*, 2001 545.

¹⁸⁴³ B. DICKENS, o.c. in A. GRUBB (ed.), *Principles of medical law*, 2004 (2^{de} ed), (1025) 1059.

geval per geval blijft naar Belgisch recht de regel. Wel kan worden aangenomen dat de ernst van de voorgestelde medische handeling één van de elementen is om de wilsbekwaamheid te bepalen en dat het moeilijker wordt om de wilsbekwaamheid aan te nemen naarmate de handeling ernstigere gevolgen heeft.¹⁸⁴⁴ Slechts in die zin zou de stelling van Dickens enige draagkracht kunnen hebben.

B. Typegevallen

380. Hoewel de beoordeling van de wilsbekwaamheid telkens *in concreto* moet gebeuren, zijn er toch een aantal typesituaties waarin de wilsbekwaamheid niet voor de hand ligt. Zo dient er allereerst twijfel te bestaan indien de toestemming wordt gegeven door een geesteszieke (bv. dementie)¹⁸⁴⁵ of een persoon met een verstandelijke beperking.

Dergelijke geestelijke aandoeningen mogen echter niet automatisch leiden tot het besluit van wilsonbekwaamheid voor orgaandonatie, maar vereisen wel een grondigere evaluatie.¹⁸⁴⁶ Niet iedere geestesziekte of verstandelijke beperking heeft noodzakelijk tot gevolg dat men niet meer in staat is om zelf medische beslissingen te maken. Bij geesteszieken kan het gaan om een permanente toestand, maar kan het ook voorkomen dat men heldere tussenposen kent.¹⁸⁴⁷ Op zich is het niet uitgesloten dat er dan een bewuste toestemming wordt verkregen.¹⁸⁴⁸

Orgaanwegneming bij een geesteszieke tijdens een heldere periode is echter allerminst vanzelfsprekend. Er moeten immers vragen worden gesteld bij de (psychologische) geschiktheid van een donor die geestelijk onstabiel is. Het kan zijn dat de donor achteraf psychologische nadelen (bv. spijt) ondervindt van zijn eerdere beslissing. Indien hij hervalt in zijn geestesziekte, kan het zijn dat deze nadelen ernstiger worden door deze geestesziekte. De evenredigheid van de orgaanwegneming komt dan in gevaar. Bovendien moet de wegnemende arts zich overeenkomstig artikel 9, lid 1 Orgaantransplantatiewet vergewissen van het bestaan van o.a. een wilsbekwame toestemming alvorens tot orgaanwegneming over te gaan.¹⁸⁴⁹ Hieruit kan worden afgeleid dat de arts vlak voor de ingreep moet vragen aan de donor of hij blijft instemmen, weliswaar op een wijze zonder hem nodeloos bezorgd te maken.¹⁸⁵⁰ Slechts indien de donor dan een wilsbekwame toestemming kan geven of bevestigen zal de arts zich van zijn verplichting uit artikel 9, lid 1 Orgaantransplantatiewet hebben gekweten en zal hij tot orgaanwegneming kunnen overgaan. De toestemming van de donor moet met andere woorden

¹⁸⁴⁴ Vgl. Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 1980-81, nr. 774-1, 6, waar werd gesteld dat de leeftijd van de minderjarige hoger moet zijn naarmate de ernst van de gevolgen; F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het burgerlijk recht*, 2001 559, waar evenwel wordt gesteld dat het geringe therapeutische oogmerk niet *a priori* een hogere toelatingsdrempel mag vereisen, maar dat deze drempelverhoging veeleer voortvloeit uit variabelen zoals de ernst of de compliceerdheid van medische handelingen; S. ELLISTON, *The best interests of the child in healthcare*, London, Routledge, 2007, 272, die de complexiteit, maar niet de ingrijpende aard van orgaandonatie aanwijst om een grotere aandachtigheid te bepleiten; L. CAPITAINÉ *et al.*, “Should Minors Be Considered as Potential Living Liver Donors?”, *Liver Transplantation* 2013, (649) 652-653; C. LEMMENS, *o.c.* in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (817) 831 en 940 (ernstige risico's of ingrijpende gevolgen leiden wegens hun complexiteit tot hogere bekwaamheidsvereisten).

¹⁸⁴⁵ S. TACK, “[commentaar bij de Orgaantransplantatiewet]” in D. FORNACIARI, T. GOFFIN en S. TACK (eds.), *Zorginstellingen in diverse takken van het recht*, Brussel, Larcier, 2013, (179) 187.

¹⁸⁴⁶ M. ABECASSIS *et al.*, *o.c.*, *JAMA* 2000, vol. 284, (2919) 2922. Zie ook: GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 112. *Contra*: I. BOONE, *o.c.*, *TPR* 1996, (91) 109, die de wilsonbekwaamheid lijkt af te leiden uit het loutere feit dat mijn in een instelling voor geesteszieken is opgenomen.

¹⁸⁴⁷ Vgl. principe 3, Recommendation R (99) 4 of the Committee of Ministers to member states on principles concerning the legal protection of incapable adults, www.coe.int.

¹⁸⁴⁸ T. VANSWEEVELT, “Art. 8 Orgaantransplantatiewet” in *Comm. Pers.*, 2007, currens, 2.

¹⁸⁴⁹ Zie uitgebreider *infra* Afd. 9, § 2, A.1 van dit Hoofdstuk.

¹⁸⁵⁰ Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220/9, 33. Zie ook: Human Tissue Authority Code of practice 2: donation of solid organs for transplantation (2014), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, nr. 74. Zie ook: Verslag HANQUET, *Parl. St. Senaat* 1984-85, nr. 832/2, 18; T. VANSWEEVELT, “Art. 8 Orgaantransplantatiewet” in *Comm. Pers.*, 2007, currens, 2.

een continuïteit vertonen.¹⁸⁵¹ Dit maakt het onmogelijk om wilsonbekwamen die ooit tijdens een helder moment toestemden, aan een orgaanwegneming te onderwerpen.

381. Comateuzen moeten in principe steeds worden uitgesloten als levende donor wegens de gehele onmogelijkheid tot een bewuste toestemming.¹⁸⁵² Hoewel comateuzen inderdaad niet het vereiste bewustzijn hebben, is de vraag of zij bewust kunnen toestemmen eigenlijk niet eens aan de orde. Zij kunnen immers fysiologisch gezien überhaupt niet toestemmen. Naast het vereiste van bewustheid zou evenmin voldaan kunnen worden aan het informatievereiste en het geschriftvereiste. Hetzelfde gaat op voor personen die zich geestelijk wel voldoende bewust zijn, maar wegens fysiologische redenen niet kunnen uiten (bv. *locked-in* syndroom¹⁸⁵³).¹⁸⁵⁴

382. Voor de minderjarigen geldt een specifieke regeling. Krachtens artikel 5, lid 1 Orgaantransplantatiewet is orgaanwegneming bij zij die de leeftijd van 18 jaar nog niet hebben bereikt, principieel verboden, hoewel in artikel 7 Orgaantransplantatiewet een strikt uitzonderingsregime werd voorzien.¹⁸⁵⁵

§ 4. VERBOD OP VERTEGENWOORDIGING

383. De wilsonbekwaamheid van de potentiële donor houdt in dat deze niet zelf en zelfstandig rechtsgeldig toestemming kan geven. Bijgevolg rijst de vraag of iemand anders in naam en voor rekening van de wilsonbekwame kan toestemmen als vertegenwoordiger. Een negatief antwoord dringt zich op. Artikel 5, lid 1 Orgaantransplantatiewet bepaalt immers expliciet dat een orgaanwegneming bij levenden slechts kan worden verricht bij een donor die er vooraf in toegestemd heeft.¹⁸⁵⁶ Het is dus duidelijk enkel de toestemming van de *donor zelf* die de wegneming geoorloofd kan maken. Daarnaast bevat de huidige Orgaantransplantatiewet geen enkele vertegenwoordigingsregeling hierover. Artikel 14 Wet Patiëntenrechten voorziet wel in een vertegenwoordigingsregeling voor patiënten die niet in staat zijn hun wil te uiten. Maar deze wet kan als *lex generalis* geen voorrang krijgen op de Orgaantransplantatiewet, die als *lex specialis* enkel de toestemming van de donor zelf als geldig beschouwt. De Wet Hervorming Onbekwaamheid raakt de vraag van bekwaamheid en vertegenwoordiging bij toestemming tot orgaanwegneming ook aan, maar bevat hiervoor evenmin een

¹⁸⁵¹ Zie: A. CHARAF ELDINE, “Les prélèvements d’organes. Commentaire de la loi n° 76-1181 du 22 déc. 1976”, *Rev. Dr. Sanit.* 1978, (445) 449.

¹⁸⁵² I. BOONE, o.c., *TPR* 1996, (91) 109; H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 2005, 514-515; A. BELHOUS, o.c., *Con. M.* 2008, (27) 33.

¹⁸⁵³ Dit is de tetraplegie of verlamming van alle ledematen met uitval van verschillende hersenzenuwen, kaakkramp en spraakstoornissen, maar met behoud van bewustzijn (A.A.F. JOCHEMS en F.W.M.G. JOOSTEN, *Coelho Zakwoordenboek der Geneeskunde*, Doetinchem, Elsevier, 2009, 518).

¹⁸⁵⁴ In het raam van de Wet Hervorming Onbekwaamheid werd een onderscheid gemaakt tussen enerzijds ‘wilsbekwaamheid’ als zijnde de geestelijke onmogelijkheid en anderzijds de ‘onmogelijkheid om een vrije en bewuste wil te kennen te geven’ als zijnde de fysieke onmogelijkheid (bv. art. 214 en 220 BW). Het ‘in staat zijn om zijn wil te uiten’ in art. 5, lid 2 Orgaantransplantatiewet lijkt op die laatstgenoemde uitdrukking, maar kan m.i. niet verengd worden tot de fysieke onmogelijkheid (Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2010-11, nr. 53-1009/1, 25-26). Het volstaat dat de wil van de kandidaat-donor niet kan worden geuit, ongeacht of dit een geestelijke, dan wel fysieke oorzaak heeft. Art. 5 Orgaantransplantatiewet is een strafrechtelijk gesanctioneerde bepaling en kan daardoor los van de regels van het Burgerlijk Wetboek geïnterpreteerd worden (cf. Deel II, Hoofdstuk III, Afd. 2, § 1, B.2.a.1). Vgl. ook: F. SWENNEN, o.c., *RW* 2013-14, (563) 566, die stelt dat het begrip ‘wilsbekwaamheid’ zowel de fysieke als geestelijke onmogelijkheid kan dekken. Zie echter: Verslag DETIÈGE, *Parl. St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2680/5, 14, waar de minister van Volksgezondheid het niet denkbaar achtte dat een levend persoon in dusdanig fysiologische toestand zou kunnen verkeren dat hij volkomen onbekwaam is om op enigerlei wijze zijn wil inzake orgaanwegneming te uiten.

¹⁸⁵⁵ Zie hierover *infra* Hoofdstuk V, Afd. 1 en 2 van dit Deel.

¹⁸⁵⁶ Dat de toestemming vrij en bewust (art. 8, § 1 Orgaantransplantatiewet) of oordeelkundig (art. 9, lid 3 Orgaantransplantatiewet) moet geschieden, sluit daarentegen op zich niet uit dat de toestemming door een vertegenwoordiger van de donor wordt gegeven.

vertegenwoordigingsregeling. Dit sluit aan bij het ‘persoonlijk’ karakter van de toestemming van de donor (*cf. supra* Afd. 1).

Dat de toestemming steeds door de donor zelf moet worden geuit, betekent echter niet dat hij steeds als een eenzame bedevaarder het beslissingsproces moet doorlopen. Zoals verder nog wordt besproken, zal hij een gesprek moeten voeren met de wegnemende arts, die hem over de wegneming zal moeten informeren.¹⁸⁵⁷ Uiteraard belet in principe ook niets dat de donor tijdens zijn besluitvorming (m.n. de risicoafweging) de raad inwint van een vertrouwenspersoon (bv. familielid, goede vriend, huisarts of de ontvanger zelf, die immers vaak een nauwe emotionele band met de donor zal hebben).¹⁸⁵⁸

Afdeling 3. Vrij en bewust karakter

§ 1. GRONDSLAG

384. De toestemming moet volgens artikel 8, § 1 Orgaantransplantatiewet vrij (*librement*) en bewust (*sciemment*) worden gegeven.¹⁸⁵⁹ De donor moet met andere woorden wetens en willens toestemmen.¹⁸⁶⁰ Terwijl het bewuste karakter betrekking heeft op het doelgerichte of opzettelijke aard van het toestemmen,¹⁸⁶¹ betreft het vrije karakter de ongehinderd totstandkoming van de wil die de basis vormt voor de toestemming. Bovendien moet de donatie volgens artikel 4, § 1, lid 1 Orgaantransplantatiewet *vrijwillig* zijn. Deze bepaling werd naar aanleiding van de omzetting van artikel 13, lid 1 Richtlijn 2010/53/EU ingevoegd, maar lijkt inhoudelijk echter niets toe te voegen aan artikel 8, 1 Orgaantransplantatiewet. Het vrij karakter van de toestemming betreft een voorwaarde die ook voor iedere andere toestemming tot gezondheidszorgverstrekkingen geldt (art. 8, § 1, lid 1 Wet Patiëntenrechten).

De voorwaarde van een vrije en bewuste toestemming volgt onvermijdelijk uit het zelfbepalingsrecht. Zoals reeds besproken, wordt het zelfbepalingsrecht in principe autonoom door de donor uitgeoefend.¹⁸⁶² Logischerwijze geldt dan dat de toestemming ook daadwerkelijk de eigen overtuiging van de donor moet weerspiegelen. De uitgedrukte wil moet overeenstemmen met de werkelijke wil.

Deze voorwaarde kan naast het zelfbepalingsrecht in zekere mate ook gesteund worden op het evenredigheidsprincipe. Orgaandonatie onder dwang kan het psychologisch voordeel voor de donor afzwakken of zelfs teniet doen, dan wel een psychologisch nadeel inhouden. Het wordt dan moeilijk of zelfs onmogelijk om aan de evenredigheidsvoorwaarde te voldoen.¹⁸⁶³

385. Het is de bedoeling dat het vrije en bewuste karakter van de toestemming moet worden onderzocht aan de hand van de concrete feiten.¹⁸⁶⁴ Hoewel dit geen zwart-witkwestie is, zijn een aantal juridisch maatstaven wel zeer wenselijk.¹⁸⁶⁵ De Orgaantransplantatiewet bevat zelf echter geen verdere uitwerking van wat als een vrije toestemming te beschouwen valt. Er kan

¹⁸⁵⁷ Art. 9, lid 2 Orgaantransplantatiewet en *infra* Afd. 5 en Afd. 9, § 2, A.1. van dit Hoofdstuk.

¹⁸⁵⁸ Zie ook *infra* Afd. 5, § 2, B.2. van dit Hoofdstuk.

¹⁸⁵⁹ Nederland: art. 3, lid 2 Wet Orgaandonatie. Frankrijk: art. L1231-1, al. 4 Code de la santé publique.

¹⁸⁶⁰ T. VANSWEEVELT, “Art. 8 Orgaantransplantatiewet” in *Comm. Pers.*, 2007, currens, 1; Verslag HANQUET, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 832/2, 18.

¹⁸⁶¹ Vgl. C. VAN DEN WYNGAERT m.m.v. S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen. Deel I*, Antwerpen, Maklu, 2011 (8^{ste} ed.), 309.

¹⁸⁶² *Supra* Afd. 1 van dit Hoofdstuk.

¹⁸⁶³ Zie *infra* Hoofdstuk IV, Afd. 1, § 2, B.2.a. van dit Deel.

¹⁸⁶⁴ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 1984-1985, nr. 832/1, 8.

¹⁸⁶⁵ D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, 294.

wel gekeken worden naar artikel 1109 e.v. BW.¹⁸⁶⁶ Deze bepalingen bevatten de algemene geldigheidsvoorwaarden voor de toestemming tot het sluiten van overeenkomsten, inclusief orgaanwegnemingsovereenkomsten, en meer algemeen voor het stellen van rechtshandelingen, zoals orgaandonatie.¹⁸⁶⁷

Uit artikel 1109 BW volgt dat geen toestemming geldig is indien zij alleen door dwaling is gegeven, door geweld is afgeperst of door bedrog is verkregen.¹⁸⁶⁸ Deze negatieve afbakening is erop gericht om de werkelijke wil van de contractant te laten primeren.¹⁸⁶⁹ De wilsgebreken uit artikel e.v. 1109 BW hebben dus eenzelfde doelstelling als de voorwaarde van vrije toestemming uit artikel 8 Orgaantransplantatiewet. De Orgaantransplantatiewet is evenwel een bijzondere strafwet, die in principe een autonoom begrippenkader hanteert.¹⁸⁷⁰ Het is deze strafwet die bepaalt in hoeverre de burgerrechtelijke verhouding geoorloofd is, en niet andersom. Het begrip ‘vrij’ in de orgaanwegnemingscontext moet dus niet noodzakelijk op dezelfde wijze worden ingevuld als in het Burgerlijk Wetboek.¹⁸⁷¹ Gezien de gelijkaardige *ratio* belet m.i. echter niets dat de algemene regels inzake de wilsgebreken uit het Burgerlijk Wetboek hier dienst kunnen doen als referentiepunt,¹⁸⁷² met dien verstande dat de specifieke context van de orgaanwegneming en -transplantatie variaties op deze regels kan rechtvaardigen.

Met artikel 1109 e.v. BW als referentiepunt kan een onderscheid gemaakt worden tussen een onvrije toestemming wegens dwang (§ 2) en een onvrije toestemming wegens een verkeerde voorstelling van de werkelijkheid (§ 3). Deze wilsgebreken worden hierna verder uitgewerkt met specifieke aandacht voor orgaanwegneming bij leven.

§ 2. DWANG

A. Algemeen

386. Volgens artikel 1109 BW is de toestemming niet geldig indien zij door geweld is afgedwongen. Het geweld bedoeld in artikel 1109 BW kan bestaan in een handeling of onthouding die leidt tot een rechtstreekse of onrechtstreekse dreiging van zowel een fysiek kwaad (bv. slagen en verwondingen, dood), als een moreel kwaad (bv. bekendmaking van hinderlijke persoonlijke gegevens).¹⁸⁷³ Deze dreiging moet determinerend zijn, in die zin dat zonder deze dreiging de toestemming niet (onder dezelfde voorwaarden) zou zijn tot stand gekomen.¹⁸⁷⁴ Het maakt volgens artikel 1113 BW bovendien niet uit of het dreigend kwaad gericht is op de persoon zelf, dan wel op diens echtgenoot of zijn bloedverwanten in opgaande en neerdalende lijn. In de rechtsleer neemt men aan dat deze bepaling slechts exemplatief is,

¹⁸⁶⁶ Zie ook: S. PANIS, *Stamcellen en recht. Een juridische analyse van wegneming tot gebruik*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 174.

¹⁸⁶⁷ Zie: W. VAN GERVEN, *Beginnelsen van Belgisch privaatrecht: algemeen deel*, Antwerpen, Standaard, 1969, 282 en 294; C. LEMMENS, *Juridische aspecten van voorafgaande wilsverklaringen rond het levenseinde*, 2013, 144-146.

¹⁸⁶⁸ In het strafrecht kent men eveneens de dwang/het geweld en de dwaling als schuldsluitingsgronden (zie: C. VAN DEN WYNGAERT m.m.v. S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen. Deel I*, 2011 (8^{ste} ed.), 324-338). Deze rechtsfiguren worden echter gebruikt om de niet-naleving van de wet toch niet te sanctioneren, terwijl de civielrechtelijke wilsgebreken dienen om de voorwaarden van een rechtsverhouding te bepalen. Daarom zijn de wilsgebreken hier interessanter om te hanteren als leidraad.

¹⁸⁶⁹ H. DE PAGE, *Traité I*, 1962, 46, nrs. 43-35; P. VAN OMMESELAGHE m.m.v. D. BATSELE en J. JAUMOTTE, *Droit des obligations. Vol. I*, 1996, 57, die ook verwijst naar art. 1165 BW.

¹⁸⁷⁰ Cf. *supra* Deel II, Hoofdstuk III, Afd. 2, B.2.a.1).

¹⁸⁷¹ In gelijkaardige zin: T. GRUEL, *Le droit ébranlé par les manipulations du corps*, Villeneuve d'Ascq, Presses Universitaires de Septentrion, 2002, 487-488, nr. 873.

¹⁸⁷² Vgl. N. NEFUSSY-LEROY, *Organes humains: prélèvements, dons, transplantations*, Parijs, Eska, 1999, 125, nr. 234.

¹⁸⁷³ H. DE PAGE, *Traité I*, 1962, 73, nr. 59; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 65; W. VAN GERVEN m.m.v. S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2010 (3^{de} ed.), 123.

¹⁸⁷⁴ H. DE PAGE, *Traité I*, 1962, 74, nr. 60; P. VAN OMMESELAGHE m.m.v. D. BATSELE en J. JAUMOTTE, *Droit des obligations. Vol. I*, 1996, 81; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, 65.

zodat de dreiging ook kan gericht zijn op ieder andere persoon met wie de donor een affectieve band heeft.¹⁸⁷⁵ Want ook in deze gevallen zal ze determinerend kunnen zijn voor de toestemming. Evenzo mag de dreiging niet beperkt worden tot personen, maar kan ook een kwaad ten aanzien van het vermogen tot een determinerende vrees leiden ('economische dwang').¹⁸⁷⁶ De dreiging moet tot een onmiddellijke vrees leiden, zonder dat ze zich onmiddellijk verwezenlijkt.¹⁸⁷⁷

Dezelfde ruime invulling van dwang kan m.i. gehanteerd worden ter bescherming van het zelfbepalingsrecht van de levende orgaandonor. Hierbij kan met het oog op de praktijk een onderscheid worden gemaakt tussen familiale dwang (*infra* B) en buitenfamiliale dwang (*infra* C).

B. Familiale dwang

387. Orgaanwegname bij leven gebeurt doorgaans ten voordele van een familielid, zoals een ouder, een kind, een broer/zus of een partner.¹⁸⁷⁸ De familieband of beter gezegd de emotionele band vormt doorgaans een duidelijke en begrijpelijke motivatie om te doneren.¹⁸⁷⁹ Niet enkel bij rechtstreekse familiedonatie, maar ook bij gepaarde familiedonatie is dit vanzelfsprekend zo. Maar het is net bij familiedonatie dat het vrije karakter van de toestemming het meest problematisch wordt geacht. Er wordt immers gevreesd dat familiebanden al gauw een bron van onaanvaardbare morele druk of dwang kunnen vormen.¹⁸⁸⁰ Er wordt zelfs afgevraagd of er in een familiale context niet steeds per definitie sprake is van dwang.¹⁸⁸¹ Er heerst enigszins de veronderstelling dat familie steeds een orgaan zou moeten afstaan om een familielid te helpen en dat de niet-nakoming van deze morele plicht kan leiden tot sociale sancties, zoals bv. excommunicatie uit de familie.¹⁸⁸² Psychiatrisch onderzoek wees er zelfs op dat "*the family would tend to select a likely donor in the sense of a sacrifice or scapegoat under threat of family ostracism*".¹⁸⁸³ Sommige donoren getuigen dat ze hebben gedoneerd vanuit een onontkoombare noodzaak en dat ze menen geen echte keuze te hebben gehad.¹⁸⁸⁴ Vooral bij leverdonatie, waarbij er in tegenstelling tot nierdonatie meestal geen alternatief bestaat en de

¹⁸⁷⁵ Vgl. H. DE PAGE, *Traité I*, 1962, 77; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, 67.

¹⁸⁷⁶ Art. 1112 BW. Vgl. ook Advies nr. 11 van 20 december 1999 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek i.v.m. het wegnemen van organen en weefsels bij gezonde levende personen, met het oog op transplantatie, www.health.belgium.be, 8.

¹⁸⁷⁷ P. VAN OMMEFLAGHE m.m.v. D. BATSELE en J. JAUMOTTE, *Droit des obligations. Vol. 1*, 1996, 82; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, 66.

¹⁸⁷⁸ De term 'familie' wordt hier ruim begrepen en is niet beperkt tot personen met een bloedverwantschap.

¹⁸⁷⁹ J. HOYER, "Is the Non-directed Donation the Ideal Living Organ Donation?" in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation: Ethical, Legal and Psychosocial Aspects. Towards a Common European Policy*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2008, (232) 233; M. VALAPOUR et al., "Assessing elements of informed consent among living donors", *Clin. Transplant* 2011, vol. 25, (185) 189.

¹⁸⁸⁰ Zie onder meer: G. DWORKIN, "The law relating to organ transplantation in England", *Mod. L. Rev.* 1970, vol. 33, (351) 359; J.D. KALLICH en J.F. MERZ, "The Transplant Imperative: Protecting Living Donors From The Pressure to Donate", *J. Corp. L.* 1994-95, vol. 20, (139) 145; K. LOBAS, "Living Organ Donations: How Can Society Ethically Increase the Supply of Organs?", *Seton Hall Legis. J.* 2005-06, vol. 30, (475) 494; Advies nr. 11 van 20 december 1999 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 8 en 13; F. DREIFUSS-NETTER, "Les donneurs vivants, ou la protection des personnes en situation de vulnérabilité", *D.* 2005, (1808) 1809; C. PETRINI, "Ethical Issues With Informed Consent From Potential Living Kidney Donors", *Transpl. Proc.* 2010, vol. 42, (1040) 1041; J. HOYER, o.c. in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2008, (232) 233; A. BELHOUSSE, o.c., *Con. M.* 2008, (27) 31. Zie ook: *Lawse v. University of Iowa Hospitals*, 434 N.W.2d 895 (Iowa App. 1988), waar evenwel geen uitspraak werd gedaan over de grond van de zaak wegens verjaring.

¹⁸⁸¹ Vgl. N. BILLER-ANDORNO, "Voluntariness in Living-Related Organ Donation", *Transplantation* 2011, vol. 92, (617) 618.

¹⁸⁸² J.D. KALLICH en J.F. MERZ, o.c., *J. Corp. L.* 1994-95, vol. 20, (139) 146.

¹⁸⁸³ C.H. FELLNER en J.R. MARSHALL, "Kidney Donors – The Myth of Informed Consent", *Am. J. Psychiat.* 1970, vol. 126, (1245) 1248.

¹⁸⁸⁴ E.J. GORDON, "Informed Consent and Decision-Making About Adult-to-Adult Living Donor Liver Transplantation: A Systematic Review of Empirical Research", *Transpl.* 2011, vol. 92, (1285) 1287; E.J. GORDON, "Informed Consent for Living Donation: A Review of Key Empirical Studies, Ethical Challenges and Future Research", *Am. J. Transpl.* 2012, vol. 12, (2273) 2276.

ingreep niet louter levenskwaliteit verbeterend, maar levensreddend is, ervaren levende donoren wel eens dat ze niet kunnen weigeren.¹⁸⁸⁵ Één antropologe bepleit resoluut het afremmen van de praktijk van levende donatie, niet zozeer wegens de risico's voor de donor, maar omwille van de vaak onzichtbare sociale en familiale druk en stelt hierbij zelfs: "*Families are often violent and predatory, as inclined to abuse and exploit as to protect and nurture their members*".¹⁸⁸⁶ De Belgische wetgever leek destijds eveneens dergelijke strenge houding te willen aannemen. Er werd immers gezegd dat in het raam van orgaandonatie *elke mogelijke beïnvloeding* in een gezin vermeden moet worden.¹⁸⁸⁷

388. Gebeurt familiedonatie inderdaad per definitie onder dwang? In het algemeen moet de mens worden opgevat als een relatiewezen, wiens beslissingen zich doorgaans in een sociale context situeren.¹⁸⁸⁸ Bij familiedonatie is deze sociale context de familieband. Dergelijke banden zijn fundamenteel en op zich zonder twijfel aanvaardbaar.¹⁸⁸⁹ Welnu, in de context van dit sociaal netwerk wordt ieder mens door dagdagelijkse contacten en ervaringen beïnvloed. In die zin is men *nooit* volledig vrij.¹⁸⁹⁰ Het kan dus niet zijn dat de donor tegen werkelijk iedere beïnvloeding beschermd moet worden, zoals de Belgische wetgever wel leek te stellen. Dit zou orgaandonatie onmogelijk maken, wat een onwenselijk en onrealistisch beleid zou zijn.

De vraag is bijgevolg veeleer welke beïnvloedingen aanvaardbaar kunnen worden geacht en welke niet.¹⁸⁹¹ Inzake het aangaan van privaatrechtelijke verbintenissen heeft de wetgever hiervoor een open criterium vooropgesteld. Volgens artikel 1112 BW maakt geweld een toestemming tot contractsluiting slechts ongeldig indien zij op een 'redelijk mens' indruk maakt, rekening houdende met de leeftijd, het geslacht en de stand van de betrokken personen. De moeilijkheid van het onderhandelen mag niet gelijkgesteld worden met de onmogelijkheid ervan.¹⁸⁹² Voor familieverbanden werd in artikel 1114 BW gepreciseerd dat de vrees uit loutere eerbied voor bloedverwanten in opgaande lijn alvast *niet* volstaat om een contract te vernietigen. Men zou er dus vanuit mogen gaan dat dergelijke eerbied geen indruk maakt op een redelijke mens. Slechts een kwaad uitgaande van deze bloedverwanten (bv. onterving, bekendmaking van persoonlijke gegevens) om abnormale voordelen te bekomen, valt binnen artikel 1114 BW.¹⁸⁹³

Toegepast op orgaandonatie kan dan verdedigd worden dat het moreel, emotioneel of familiaal *plichtsbef* om een dierbare te helpen, op zich niet automatisch een onaanvaardbare

¹⁸⁸⁵ M. FUJITA *et al.*, "A Model of Donors' Decision-making in Adult-to-Adult Living Donor Liver Transplantation in Japan: Having no Choice", *Liver Transplantation* 2006, vol. 12, (768) 768, 770 en 773; E.J. GORDON, *o.c.*, *Am. J. Transpl.* 2012, vol. 12, (2273) 2275; Y. ERIM *et al.*, "Guidelines for the Psychosomatic Evaluation of Living Liver Donors: Analysis of Donor Exclusion", *Transpl. Proc.* 2003, vol. 35, (909) 909-910.

¹⁸⁸⁶ N. SCHEPER-HUGHES, "The Tyranny of the Gift: Sacrificial Violence in Living Donor Transplants", *Am. J. Transpl.* 2007, vol. 7, (507) 508 en 510. Deze uitspraak lijkt echter vooral te zijn ingegeven door praktijken in Brazilië, waar de familiecultuur toch enigszins lijkt te verschillen van de Belgische. Bovendien baseert deze auteur zich veeleer op anekdotes, zonder haar stellingen grondig te onderbouwen met data. Zie voor deze kritiek: B. KAPLAN en R. WILLIAMS, "Organ Donation: The Gift, the Weight and the Tyranny of Good Acts", *Am. J. Transpl.* 2007, vol. 7, 497-498; B.E. HIPPEL en J.S. TAYLOR, "In Defense of Transplantation: A Reply to Nancy Scheper-Hughes", *Am. J. Transpl.* 2007, vol. 7, 1695-1697.

¹⁸⁸⁷ Verslag HANQUET, *Parl. St. Senaat* 1984-85, nr. 832/2, 4.

¹⁸⁸⁸ N. BILLER-ANDORNO, *o.c.*, *Transplantation* 2011, vol. 92, (617) 618.

¹⁸⁸⁹ Vgl. art. 8 EVRM en art. 22, lid 1 GW; J.D. KALLICH en J.F. MERZ, *o.c.*, *J. Corp. L.* 1994-95, vol. 20, (139) 146.

¹⁸⁹⁰ H. DE PAGE, *Traité*, I, 1962, 74, nr. 60; A. DIERICKX, *Toestemming en strafrecht*, 2006, 268 en 270. Vgl. ook: E. DELBEKE, *Juridische aspecten van zorgverlening aan het levenseinde*, 2012, 148, nr. 262.

¹⁸⁹¹ Vgl. G. DEN HARTOGH, "When are Living Donations Voluntary Enough?" in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ transplantation*, 2008, (221) 226: "An ideally free choice is not a choice which is underdetermined but a choice which is determined in the right way, that is by relevant reasons".

¹⁸⁹² H. DE PAGE, *Traité*, I, 1962, 78.

¹⁸⁹³ L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, 67.

beïnvloeding vormt, hoe moeilijk men de situatie ook vindt.¹⁸⁹⁴ Het loutere feit dat de donor de confrontatie met een keuze tot doneren als oneerlijk of onrechtvaardig heeft gevoeld, levert nog geen dwang op.¹⁸⁹⁵ Zo luidt ook de Amerikaanse rechtspraak. Indien een patiënt door de fout van de arts nood heeft aan een niertransplantatie en zijn familielid hierdoor aldus een nier doneert, dan vormt dit op zich nog geen bewijs van dwang.¹⁸⁹⁶ Gedwongen worden om een beslissing te maken in een moeilijke zaak is niet hetzelfde als gedwongen worden om in bepaalde zin te beslissen.¹⁸⁹⁷ Toestemmen uit plichtsbesef houdt in dat de toestemming strookt met de morele waarden en de wil van de donor. Bijgevolg blijft de vrije wil en het zelfbepalingsrecht gevrijwaard.¹⁸⁹⁸ Er kan dan niet worden ontkend dat personen in aanwezigheid van hechte familiebanden wel degelijk vrijwillige beslissingen kunnen nemen.¹⁸⁹⁹ Het gaat te ver om familiedonatie als inherent gedwongen te beschouwen.

389. Er zijn met andere woorden bijkomende externe elementen nodig om te kunnen spreken van dwang.¹⁹⁰⁰ Deze elementen moeten redelijkerwijze de indruk wekken dat de toestemming niet meer door louter plichtsbesef tot stand is gekomen en dus niet strookt met de overtuiging van de donor, rekening houdende met alle omstandigheden. Dit moet telkens *in concreto* onderzocht worden. Er moet een objectief bewijs van dwang bestaan.¹⁹⁰¹

Vanzelfsprekend kan gedacht worden aan openlijke dreigementen van familiale uitsluiting.¹⁹⁰² Ook bv. chantage binnen de familie moet als dwang worden beschouwd.¹⁹⁰³ Evenzo kan gedacht worden aan de dreiging met onterving of bekendmaking van gevoelige persoonlijke gegevens.¹⁹⁰⁴ Aanwijzingen van dwang zijn onder meer de terughoudendheid van de donor om vragen te beantwoorden, verbale of non-verbale expressies en het bestaan van familiale conflicten.¹⁹⁰⁵ Ook culturele aspecten (bv. traditioneel onderdanige positie van de vrouw)¹⁹⁰⁶ kunnen in een multiculturele samenleving een beoordelingselement vormen, zonder

¹⁸⁹⁴ Zie: D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008 294 en 298-300; T. GUTMANN en W.G. LAND, "The European Perspective" in R.W.G. GRUENNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, New York, McGraw-Hill Medical, 2008, (37) 40; L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 167-168; R.A. SELLS, "Voluntarism of Consent in Both Related and Unrelated Living Organ Donors" in W. LAND en J.B. DOSSETOR (eds.), *Organ Replacement Therapy: Ethics, Justice and Commerce*, Berlijn/Heidelberg, Springer-Verlag, 1991, (18) 21-22, die het onderscheid maakt tussen intern plichtsbesef en externe verplichting; G. DEN HARTOGH, o.c. in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ transplantation*, 2008, (221) 221-225 en 227; N. BILLER-ANDORNO, o.c., *Transplantation* 2011, vol. 92, (617) 618; E.J. GORDON, o.c., *Am. J. Transpl.* 2012, vol. 12, (2273) 2276. *Contra*: GEZONDHEIDSRaad, *Nieuwe wegen naar orgaantransplantatie*, 2003, nr. 2003/1, 112-113 en 117-118.

¹⁸⁹⁵ Vgl. G. DEN HARTOGH, o.c. in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2008, (221) 228. Zie ook: M. FUJITA *et al.*, o.c., *Liver Transplantation* 2006, vol. 12, (768) 773.

¹⁸⁹⁶ Dit volgt impliciet uit o.a.: *Sirianni v. Anna* (1967), 55 Misc.2d 553; *Urbanski v. Patel* (1978), 84 D.L.R. (3d) 650; *Moore v. Shah* (1982), 90 A.D.2d 389.

¹⁸⁹⁷ R. MUNSON, "Organ Transplantation" in B. STEINBOCK (ed.), *The Oxford handbook of bioethics*, Oxford, Oxford University Press, 2007, (211) 219, die ook zegt dat beslissen uit liefde ons niet minder vrij maakt maar juist een expressie van autonomie is.

¹⁸⁹⁸ In die zin ook: M.T. MORLEY, "Increasing the supply of organs for transplantation through paired organ exchanges", *Yale L. & Pol'y Rev.* 2003, (221) 250; A. SPITAL, "More on Parental Living Liver Donation for Children with Fulminant Hepatic Failure: Addressing Concerns About Competing Interests, Coercion, Consent and Balancing Acts", *Am. J. Transpl.* 2005, vol. 5, (2619) 2620.

¹⁸⁹⁹ D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008 301-302. Vgl. Ook A. SPITAL, o.c., *Am. J. Transpl.* 2005, vol. 5, (2619) 2620.

¹⁹⁰⁰ D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008 295 en 297; L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 167; A. SPITAL, "Informed Consent" in R.W.G. GRUENNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, 2008, (47) 49.

¹⁹⁰¹ D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008 302.

¹⁹⁰² B. DICKENS, o.c. in A. GRUBB (ed.), *Principles of medical law*, 2004 (2^{de} ed.), (1025) 1060.

¹⁹⁰³ R.A. SELLS, o.c. in W. LAND en J.B. DOSSETOR (eds.), *Organ Replacement Therapy*, 1991, (18) 21.

¹⁹⁰⁴ Vgl. L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, 67.

¹⁹⁰⁵ K.A. BRAMSTEDT, "Living donor transplantation between twins: guidance for Donor Advocate Teams", *Clin. Transplant* 2007, vol. 21, (144) 145.

¹⁹⁰⁶ Soms wordt ook opgemerkt dat statisch gezien vrouwen meer doneren bij leven dan mannen. Er zijn echter geen aanwijzingen dat dit steeds op dwang op vrouwen zou duiden, zodat iedere zaak op zich, los van het geslacht moet worden beoordeeld. Zie hierover: M. ACHILLE *et al.*, "Living Kidney Donors: Are Women Motivated by Love and Men by Logic?" in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J.

op zichzelf te volstaan voor dwang.¹⁹⁰⁷ Er kan o.a. worden gekeken naar de machtsbalans tussen de partijen en de mate van de invloed.¹⁹⁰⁸ Het louter feit dat een familielid betrokken is bij het beslissingsproces van de donor maakt de toestemming op zich niet onvrij. Dit volgt trouwens uit het feit dat de donor recht heeft op een vertrouwenspersoon.¹⁹⁰⁹ Het feit dat een dominant lid van de familie zich als woordvoerder profileert, maakt het evenwel moeilijk om zich een duidelijk beeld te vormen van de situatie.¹⁹¹⁰

Het gedwongen karakter van de toestemming kan uiteindelijk worden beschouwd als één van de moeilijkst te beoordelen aspecten.¹⁹¹¹ Het risico op dwang mag dus niet onderschat worden. Hoewel dit risico niet mag leiden tot een volledige verbanning van familiedonatie, vereist het wel een adequaat psychologisch evaluatieproces.¹⁹¹²

C. Buitenfamiliale dwang

390. In de literatuur wordt overwegend de aandacht gevestigd op het risico op dwang vanwege de familie. Niet enkel de familie kan echter een bron van dwang zijn. Naar analogie met artikel 1111 BW kan dwang in principe van eender wie uitgaan of kan hij zelfs voortvloeien uit de noodlottige omstandigheden waarin de donor zich bevindt.¹⁹¹³

Er zijn alvast geen aanwijzingen dat het risico op dwang groter is dan bij familiale donatie. Integendeel, het risico op dwang vanwege de (naasten van) de ontvanger wordt het grootst geacht bij familiedonatie en kleiner naarmate de banden minder hecht zijn.¹⁹¹⁴ Het risico op dwang is dus geenszins een reden voor een absoluut verbod op buitenfamiliale donatie.¹⁹¹⁵ Iedere zaak moet *in concreto* bekeken worden. Hierna zal ter illustratie worden ingegaan op enkele situaties waar de dwang niet wordt toegerekend aan familieleden.

391. Een belangrijke indicator voor buitenfamiliale dwang is het bestaan van een kwetsbare, ongelijke of ondergeschikte relatie tussen donor en ontvanger.¹⁹¹⁶ Een werkgever bevindt zich bv. in de positie om zijn werknemer te bedreigen met ontslag indien deze geen orgaan afstaat.¹⁹¹⁷ Zo ook kan een universiteitsprofessor één van zijn studenten buizen indien deze niet

BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2008, (321) 325, waar de reden veeleer van psychosociale aard lijkt te zijn; L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 171-173 en 179; M. BROYER, "Le paradoxe du don dans les transplantations avec donneur vivant" in R. CARVAIS en M. SASPORTES (eds.), *La greffe humaine: (in)certitudes éthiques: du don de soi à la tolérance de l'autre: dialogue pluridisciplinaire sur "la greffe, le don et la société"*, Parijs, Presses universitaires de France, 2000, (421) 436.

¹⁹⁰⁷ D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008 300 en 328.

¹⁹⁰⁸ A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, 1999, 105.

¹⁹⁰⁹ Zie *infra* Afd. 5, § 2, B.2. van dit Hoofdstuk.

¹⁹¹⁰ GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 113.

¹⁹¹¹ *Ibid.*, 112.

¹⁹¹² R. MUNSON, o.c. in B. STEINBOCK (ed.), *The Oxford handbook of bioethics*, 2007, (211) 218; L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 168; A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, 1999, 205.

¹⁹¹³ H. DE PAGE, *Traité I*, 1962, 77, nr. 62; P. VAN OMMESLAGHE m.m.v. D. BATSELE en J. JAUMOTTE, *Droit des obligations. Vol. 1*, 1996, 82; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, 69; W. VAN GERVEN m.m.v. S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, (3^{de} ed.), 124.

¹⁹¹⁴ G. DWORKIN, o.c., *Mod. L. Rev.* 1970, vol. 33, (351) 359; S.G. JOWSEY en T.D. SCHNEEKLOTH, "Psychosocial factors in living organ donation: clinical and ethical challenges", *Transplantation Reviews* 2008, vol. 22, (192) 194; A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, 1999, 116; D.C. CRONIN II en M. SIEGLER, "The American Perspective" in R.W.G. GRUESSNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, 2008, (16) 20; OPTN/UNOS Ethics Committee, "Living Non-directed Organ Donation", <http://optn.transplant.hrsa.gov>; A.L. SPITAL, "Unrelated Living Donors: Should They Be Used?", *Transpl. Proc.* 1992, vol. 24, (2215) 2216; J.R. RODRIGUE *et al.*, "Altruistic Kidney Donation to a Stranger: Psychosocial and Functional Outcomes at Two US Transplant Centers", *Transplantation* 2011, vol. 91, (772) 777; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008 328.

¹⁹¹⁵ Zie hierover: L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 90 en 91 en 169-170; P.L. ADAMS *et al.*, "The Nondirected Live-Kidney Donor: Ethical Considerations and Practice Guidelines", *Transplantation* 2002, vol. 74, (582) 585.

¹⁹¹⁶ GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 113.

¹⁹¹⁷ Vgl. M. ABECASSIS *et al.*, o.c., *JAMA* 2000, vol. 284, (2919) 2922.

zou ingaan op zijn verzoek om een orgaan te doneren. Ten aanzien van gevangenen kan dwang worden uitgevoerd door de weigering tot orgaanwegneming af te straffen met bv. een verlenging van de straf of verzwaring van de strafuitvoering (bv. opsluiting in de isolatiecel).¹⁹¹⁸ Het loutere feit dat men zich in een ondergeschiktheidssituatie bevindt, sluit evenwel niet uit dat men vrij beslist.¹⁹¹⁹ Het waarborgen van de vrije toestemming vereist dus niet dat men iedere donatie aan een werkgever verbiedt.¹⁹²⁰

392. Verder wordt aanvaard dat het aanbieden van financiële voordelen ook tot dwang kan leiden.¹⁹²¹ Volgens O.T. Terpstra is een geldelijke beloning de meest gebruikelijke vorm van druk bij niet-gerelateerde donoren.¹⁹²² De Nederlandse Gezondheidsraad drukte zich nog scherper uit en stelde kortweg dat er bij financieel voordeel niet langer van een vrijwillige beslissing van de donor gesproken kan worden.¹⁹²³

Het automatisch gelijkschakelen van het nastreven van een financieel voordeel met dwang gaat echter niet op.¹⁹²⁴ Enerzijds zal het financieel aanbod van een voordeel niet noodzakelijk determinerend zijn om te doneren, zodat zelfs zonder dergelijk aanbod de donor had toegestemd. Het gaat dan nog steeds om een vrije toestemming.¹⁹²⁵ Anderzijds is het toch perfect mogelijk dat iemand de vrije wil heeft om een orgaan te verkopen, zelfs als het financieel voordeel een determinerend element is? Dat dergelijke verkoop tot onrechtvaardige situaties kan leiden, neemt nog niet weg dat de donor daadwerkelijk geld wil verkrijgen in ruil voor zijn orgaan omdat hij overtuigd is dat hij hierdoor betere leefomstandigheden voor zichzelf en zijn gezin kan creëren.¹⁹²⁶ Er moet bijgevolg een duidelijk onderscheid worden gemaakt tussen een gebrek aan vrijwilligheid en een gebrek aan altruïsme. Het zou kunstmatig en onnodig zijn om orgaanhandel te gaan beteugelen via het vereiste van een vrijwillige toestemming. Hiervoor dient het vereiste van een altruïstische toestemming reeds.¹⁹²⁷

Orgaanhandel kan ook plaatsvinden onder leiding van criminele organisaties die mensen met (de dreiging van) fysiek geweld tot orgaanwegneming verplichten. Uiteraard zal de toestemming dan niet vrij zijn. Het is vermoedelijk met dergelijke situatie in gedachte dat de Europese en Belgische wetgever vrijwilligheid en altruïsme in eenzelfde adem hebben genoemd.¹⁹²⁸

¹⁹¹⁸ D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008 308. Vgl. J. TER HEERDT, *Het experiment beproefd. Een juridische analyse van medische experimenten met mensen*, Antwerpen, Maklu, 2000, nr. 303. Zie uitgebreider over gevangenen *infra* Afd. 4, § 3 van dit Hoofdstuk.

¹⁹¹⁹ M.A. DEW *et al.*, "Psychosocial Evaluation of Living Unrelated Kidney Donors in the United States: Summary of Guidelines from a Consensus Conference" in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ transplantation*, 2008, (208) 212.

¹⁹²⁰ *Contra*: M.F. ANDERSON, "The Future of Organ Transplantation: From Where Will New Donors Come, to Whom Will Their Organs Go?", *Health Matrix* 1995, vol. 5, (249) 285-286; Recommendation 4, Working Group 1, Recommendations for the legislation and procedures for living donation, www.eulivingdonor.eu, waar iedere donatie bij financiële afhankelijkheid wordt afgewezen.

¹⁹²¹ T.R. McCUNE, *o.c.* in R.W.G. GRUENNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, 2008, (64) 65; M. DE JAEGER, "Levende donatie", *Orpadi forum* 2005, jaargang 5, nr. 1, 4; Memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, 22.358, nr. 3, 5, 7 en 37; N. NEFUSSY-LEROY, *Organes humains*, 1999, 125, nr. 236; H.-L. SCHREIBER, "Legal Implications of the Principle *Primum Nihil Nocere* As It Applies to Live Donors" in W. LAND en J.B. DOSSETOR (eds.), *Organ Replacement Therapy*, 1991, (13) 16; R.A. SELLS, *o.c.* in W. LAND en J.B. DOSSETOR (eds.), *Organ Replacement Therapy*, 1991, (18) 21 en 22.

¹⁹²² O.T. TERPSTRA, "Orgaandonatie" in H.A.M.J. TEN HAVE, D.P. ENGBERTS en L.E. KALKMAN-BOGERD (eds.), *Ethiek en recht in de gezondheidszorg*, Deventer, Kluwer, 1992, losbl., XXIII, (21) 31.

¹⁹²³ GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 114.

¹⁹²⁴ Zie ook: NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS, *Human bodies: donation for medicine and research*, London, Nuffield Council on Bioethics, 2011, 141 en 148.

¹⁹²⁵ In die zin: A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, 1999, 104-105.

¹⁹²⁶ In gelijkaardige zin: D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008 313; J. HERRING, *Medical law and ethics*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 388.

¹⁹²⁷ Zie *infra* Afd. 4 van dit Hoofdstuk.

¹⁹²⁸ Zie: overweging 19 en art. 13, lid 1 Richtlijn 2010/53/EU; art. 4, § 1 Orgaantransplantatiewet.

393. Verder kan ook gedacht worden aan een donor die terminaal ziek is, maar nog wel fysiologisch geschikt is om een orgaan afstaan. Meestal wordt gezegd dat er hier geen sprake kan zijn van een vrije toestemming, zodat er tot dwang in de zin van artikelen 1111-1113 BW moet besloten worden.¹⁹²⁹ Indien de situatie van een terminale levende donor zich al zou voordoen,¹⁹³⁰ dan kan het loutere feit dat de donor terminaal is, echter niet automatisch als dwang worden beschouwd.¹⁹³¹ Er valt niet in te zien hoe het terminaal karakter van een zieke op zich de vrije wil van de patiënt zou uitschakelen. Het is al helemaal onbegrijpelijk hoe dit terminaal karakter de patiënt ertoe zou dwingen om een orgaan af te staan. De terminale ziekte kan toch evengoed ervaren worden door deze patiënt als een reden om geen chirurgische ingrepen zoals orgaanwegneming te ondergaan en de fysieke integriteit zo lang mogelijk in stand te houden? Ieder geval moet dus *in concreto* worden onderzocht. Hierbij moet uiteraard rekening gehouden worden met de vertroebelende effecten van eventuele verdovende of pijnstillende geneesmiddelen of van de ziekte zelf, waardoor de patiënt vatbaarder wordt voor invloeden van buitenaf.

D. Preventie van dwang

394. Om te vermijden dat een potentiële donor onder druk komt te staan en desgevallend onder dwang zou toestemmen, werden enkele specifieke preventieve maatregelen voorgesteld. Het gaat om het overlaten van het initiatief tot het voorstellen van orgaandonatie aan de donor zelf (1) en het houden van privégesprekken met de donor (2) en het verschaffen van een medisch excuus (3).

1. Het voorstel tot orgaandonatie

395. Om het vrije karakter van de orgaandonatie te waarborgen, werd ooit door J.E.M. Akveld verdedigd dat het initiatief om levende orgaandonatie ter sprake te brengen, behoort uit te gaan van een potentiële donor zelf en dus niet van de behandelende arts van de ontvanger.¹⁹³² Naar huidig Belgisch recht kan de arts echter wel degelijk enig initiatief nemen. Een onderscheid kan worden gemaakt tussen het initiatief gericht op de ontvanger (a) en het initiatief gericht op de potentiële donoren (b).

a. Voorstel aan de ontvanger

396. Ten aanzien van de ontvanger of zijn vertegenwoordiger is de arts krachtens artikelen 7 en 8, § 4 Wet Patiëntenrechten verplicht te informeren over de mogelijkheid van een levende

¹⁹²⁹ J. MATTHIJS, *o.c.*, *RW* 1971-72, (161) 174, nr. 23; Juridische nota, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220/9, 53. Sommige auteurs verdedigen deze stelling omwille van de vermeende wilsonbekwaamheid van de stervende: H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 2005, 515; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 100; I. BOONE, *o.c.*, *TPR* 1996, (91) 109.

¹⁹³⁰ Zie over deze hypothese ook *infra* Hoofdstuk IV, Afd. 2, § 2, A.4.c. van dit Deel.

¹⁹³¹ Vgl. E. DELBEKE, *Juridische aspecten van zorgverlening aan het levenseinde*, 2012, 148.

¹⁹³² J.E.M. AKVELD, *Transplantatie en wetgeving*, 1987, 89. Zie in die zin ook over het voorstel aan een compatibel koppel tot participatie aan een ongebalanceerde *cross-over* transplantatie: L.F. ROSS, "The Ethics of Kidney Paired Exchanges and Thematic Variations" in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2008, (183) 186.

donor zodra dit een valabel alternatief voor de huidige of geplande behandeling vormt. Anders zou men de autonomie of het zelfbepalingsrecht van de patiënt-ontvanger schenden.¹⁹³³

Vanzelfsprekend kan de ontvanger met deze informatie zelf op zoek gaan naar een potentiële levende donor. Sommige kandidaat-ontvangers weigeren echter resoluut transplantatie met een naaste levende donor omdat ze niet willen dat de gezondheid van de donor wordt aangetast.¹⁹³⁴ Zij kunnen zonder twijfel dergelijke tussenkomst weigeren krachtens artikel 8, § 4, lid 1 Wet Patiëntenrechten. De arts moet krachtens artikel 8, § 2 Wet Patiëntenrechten de ontvanger nog wel inlichten over de mogelijke gevolgen van deze weigering (bv. risico op gebrek aan tijdige overleden donor).

Sommige kandidaat-ontvangers zijn daarentegen niet tegen het gebruik van levende donoren op zich, maar durven of willen de potentiële donor zelf niet aanspreken omdat zij bv. een negatief antwoord en desgevallend een verstoring van hun relatie vrezen of omdat zij vrezen dat de donor onder druk zal toestemmen.¹⁹³⁵ De arts of een ander gekwalificeerd persoon zou dan alsnog kunnen leren hoe de ontvanger de vraag op een gepaste manier moet aanpakken.¹⁹³⁶

b. Voorstel aan de potentiële donoren

397. Ook ten aanzien van de potentiële donoren kan een actief, bemiddelend optreden van het transplantatiecentrum wenselijk worden geacht.¹⁹³⁷ Enerzijds is het wegens het orgaantekort van belang dat er geen potentiële donoren onbenut blijven. Het initiatief vanwege de arts kan hierbij helpen, zeker indien de ontvanger niet gauw zelf de potentiële donoren durft of kan aanspreken (bv. wegens minderjarigheid en/of wilsonbekwaamheid). Anderzijds zal dit artsinitiatief een vrije toestemming van de levende donor op zich nog niet onmogelijk maken. Om dwang te vermijden gaat het er m.i. vooral om *hoe* de optie van orgaanwegneming bij leven aan de potentiële donor wordt voorgelegd; niet zozeer *wie* dit doet. Hiervoor wordt ook verwezen naar de overige twee maatregelen ter preventie van dwang: de privébespreking met de potentiële donor (*infra* 2) en het medisch excuus (*infra* 3).

398. Weliswaar moet worden opgepast met het verstrekken van vertrouwelijke gegevens over de ontvanger aan potentiële donoren. De arts zal in principe niet zomaar (gezondheids)informatie, zoals het feit dat transplantatie met een levende donor therapeutisch geïndiceerd is, mogen meedelen aan de potentiële donoren, gelet op het beroepsgeheim (art. 458 Sw.).

Ofwel zal de ontvanger dan over het initiatief in kennis moeten worden gesteld en deze toestemming moeten geven tot het verstrekken van de nodige informatie. Indien artikel 458 Sw. echter strikt wordt geïnterpreteerd dan zal de toestemming van de ontvanger slechts een

¹⁹³³ Vgl. R. REDING, "Is It Right to Promote Living Donor Liver Transplantation for Fulminant Hepatic Failure in Pediatric Recipients?", *Am. J. Transpl.* 2005, vol. 5, (1587) 1590; M. BROUWER, o.c. in R. CARVAIS en M. SASPORTES (eds.), *La greffe humaine*, 2000, (421) 434.

¹⁹³⁴ L.W. KRANENBURG *et al.*, "Psychological Barriers for Living Kidney Donation: How to Inform the Potential Donors?", *Transpl.* 2007, vol. 84, nr. 8, (965) 965 en 968-969; A. MAIORANO en F.P. SCHENA, "The dynamics of kidney donation: Viewpoints from the donor, the recipients, and the transplant team", *Kidney international* 2008, vol. 73, (1108) 1109.

¹⁹³⁵ L.W. KRANENBURG *et al.*, o.c., *Transpl.* 2007, vol. 84, nr. 8, (965) 968.

¹⁹³⁶ M.A. SANNER *et al.*, "Workshop 3. Altruism, Counselling and Psychological Aspects of Living Donation: Recommendations" in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2008, (291) 196.

¹⁹³⁷ A. LENNERLING, "Psychological Aspects" in R.W.G. GRUENESSNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, 2008, (212) 213. Vgl. ook: J.M. GARONZIK-WANG *et al.*, "Live Donor Champion: Finding Live Kidney Donors by Separating the Advocate From the Patient", *Transplantation* 2012, vol. 93, nr. 11, 1147-1150, waar evenwel een bemiddeling door een vriend, een familielid of iemand uit de gemeenschap wordt voorgesteld.

afwijking van de geheimhoudingsplicht rechtvaardigen indien dit bv. gebeurt binnen de voorwaarden van de Wet Verwerking Persoonsgegevens.¹⁹³⁸

Ofwel zal de arts zich moeten beperken tot informatie die desgevallend niet onder het beroepsgeheim valt. Indien de ontvanger de potentiële donoren bv. zelf al op de hoogte bracht van haar gezondheidssituatie, zal dit gegeven geen geheim meer zijn t.a.v. deze donoren en is artikel 458 Sw. niet langer van toepassing. Dit stelt de artsen in staat om algemene informatie over orgaandonatie te verstrekken. Meer specifieke informatie die betrekking heeft op de ontvanger in kwestie zal slechts mogen worden verstrekt voor zover deze evenmin nog een geheim is.

2. Privégesprekken

399. Volgens de World Medical Association moet het informeren over de mogelijkheid van donorschap bij leven zorgvuldig gebeuren zodanig dat er geen druk tot doneren wordt uitgeoefend.¹⁹³⁹ Indien de optie van donorschap bij leven en de mogelijkheid voor de donor om zich te laten karakteriseren evenwel worden voorgelegd in aanwezigheid van de ontvanger of andere familieleden,¹⁹⁴⁰ dan kan dit voor de kandidaat-donor een risico op dwang tot karakterisering inhouden.¹⁹⁴¹ Voor dergelijke voorafgaande onderzoeken moet de potentiële donor eveneens een vrije toestemming geven (art. 8, § 1 Wet Patiëntenrechten). Om dwang of druk te voorkomen, werd aldus voorgesteld dat de optie van orgaanwegname bij leven best eerst apart aan de potentiële donor wordt voorgesteld en/of besproken in afwezigheid van de ontvanger of de familieleden.¹⁹⁴² Ook bij *cross-over* transplantatie wordt aangeraden om eerst de donoren te contacteren en uit te nodigen voor verdere testen zonder het medeweten van de ontvangers, wanneer de databankgegevens een potentiële *cross-over* match aangeven.¹⁹⁴³ Het voorleggen van de mogelijkheid of het polsen naar de bereidheid van de potentiële donor kan bezwaarlijk op zich als dwang worden beschouwd.¹⁹⁴⁴

Bij de eigenlijke karakterisering dient de donor in principe eveneens apart onderzocht en geïnformeerd te worden om de mogelijkheid tot dwang te elimineren, om de privacy van de donor te respecteren en om de mogelijkheid tot medisch excuus intact (zie *infra*) te laten.¹⁹⁴⁵ Weliswaar kan in één van de psychosociale evaluatiegesprekken de aanwezigheid van één of meerdere familieleden wel wenselijk zijn om de familiedynamiek te bestuderen. Zo kunnen onder meer sporen van familiale dwang gedetecteerd worden.

¹⁹³⁸ Zie over deze discussie *supra* Deel III, Hoofdstuk I, Afd. 2, § 3, E.2.a.

¹⁹³⁹ WMA Statement on Organ and Tissue Donation (S-2012-04-2012), <http://www.wma.net>. Zie ook: A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, 1999, 205.

¹⁹⁴⁰ L.F. ROSS, "What the Medical Excuse Teaches Us About the Potential Living Donor as Patient", *Am. J. Transpl.* 2010, vol. 10, (731) 734.

¹⁹⁴¹ Vgl. J.D. KALLICH en J.F. MERZ, o.c., *J. Corp. L.* 1994-95, vol. 20, (139) 153.

¹⁹⁴² J.E.M. AKVELD, *Transplantatie en wetgeving*, 1987, 89, die ook wijst op het voordeel dat zo teleurstelling bij de ontvanger kan worden vermeden; N. BILLER-ANDORNO, o.c., *Transplantation* 2011, vol. 92, (617) 618; L.W. KRANENBURG *et al.*, o.c., *Transpl.* 2007, vol. 84, nr. 8, (965) 969 en 971; A. LENNERLING, o.c. in R.W.G. GRUESSNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, 2008, (212) 213. In die zin ook: L.F. ROSS, o.c., *Am. J. Transpl.* 2010, vol. 10, (731) 734.

¹⁹⁴³ M.T. MORLEY, o.c., *Yale L. & Pol'y Rev.* 2003, (221) 239.

¹⁹⁴⁴ Vgl. L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 186.

¹⁹⁴⁵ A. SPITAL en J.S. TAYLOR, "The importance of donor privacy", *Kidney International* 2008, vol. 74, 1359; Memorie van toelichting Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 73; GEZONDHEIDSRaad, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 108.

3. Het ‘medisch excuus’

400. Om het risico op dwang te vermijden en de donor zonder vrees voor familiale repercussies te laten weigeren of de toestemming te laten herroepen, ontstond de praktijk van het verschaffen van een medisch excuus. Dit houdt in dat de arts aan de ontvanger meedeelt dat de potentiële donor in kwestie niet kan doneren wegens een medische reden (bv. wegens gebrek aan compatibiliteit) of zelfs zonder opgave van reden, terwijl deze in werkelijkheid wél medisch geschikt kan zijn als donor.¹⁹⁴⁶ Zo veegt men de mogelijkheid van levende donatie van tafel, zonder dat de ontvanger de potentiële donor iets kan verwijten of hem moreel dreigt te sanctioneren. Hoewel niet iedereen het ‘medisch excuus’ vanuit ethisch-deontologisch oogpunt onverkort aanvaardt, wordt haar juridische geldigheid door sommigen wel aangenomen op basis van het medisch beroepsgeheim.¹⁹⁴⁷

401. Het medisch beroepsgeheim (art. 458 Sw.) omvat een zwijgplicht die zich uitstrekt tot ieder geheim dat de arts ter kennis is gekomen in het raam van zijn beroep. De informatie over de gezondheidstoestand van de donor, inclusief zijn compatibiliteit met de ontvanger, kan zonder twijfel worden beschouwd als een dergelijk geheim. Ook het feit dat de donor niet wil doneren moet als een geheim in de zin van artikel 458 Sw. worden beschouwd, indien de ontvanger nog niet van deze wil op de hoogte is gebracht. Het wordt immers algemeen aanvaard dat het beroepsgeheim niet beperkt is tot strikt medische gegevens, maar ook kan slaan op bv. familiale verhoudingen.¹⁹⁴⁸

Hiertegenover staat nog wel het recht van de ontvanger op informatie over diens reële therapeutische mogelijkheden (art. 8 Wet Patiëntenrechten), waaronder de mogelijkheid tot transplantatie met een orgaan van een levende donor. Er kan echter niet worden aanvaard dat dit recht op informatie opweegt tegen het strafrechtelijke gesanctioneerde beroepsgeheim (art. 458 Sw.). Aldus kan worden aanvaard dat de arts hoogstens meedeelt dat de potentiële donor uiteindelijk niet kan doneren ‘op basis van medische redenen’.¹⁹⁴⁹

402. Wat nu indien de ontvanger geen genoegen neemt met de loutere melding dat de potentiële donor niet zal doneren om medische redenen en naar de precieze reden hiervan vraagt? De arts kan dan geneigd zijn een valse reden te geven. Ten aanzien van de ontvanger zou dit op zich nog geen bedrog uitmaken, waardoor zijn toestemming voor een andere behandeling mogelijk nietig zou zijn. Een verzwijging wordt immers pas als bedrog aangemerkt, indien men de verplichting had om te spreken over de precieze reden.¹⁹⁵⁰ Zoals

¹⁹⁴⁶ M. ABECASSIS *et al.*, *o.c.*, *JAMA* 2000, vol. 284, (2919) 2921; G. DEN HARTOGH, *o.c.* in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2008, (221) 225; L.F. ROSS, *o.c.*, *Am. J. Transpl.* 2010, vol. 10, (731) 731.

¹⁹⁴⁷ L.F. ROSS, *o.c.*, *Am. J. Transpl.* 2010, vol. 10, (731) 732 en 733-734; J.E.M. AKVELD, *Transplantatie en wetgeving*, 1987, 89-90; J.-P. DOLL, *La discipline des greffes, des transplantations et des autres actes de disposition concernant le corps humain*, 1970, 70. Zie met het risico op dwang als rechtvaardiging ook: A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, 1999, 120; R. MUNSON, *o.c.* in B. STEINBOCK (ed.), *The Oxford handbook of bioethics*, 2007, (211) 235; L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 168.

¹⁹⁴⁸ Cass. 16 december 1992, *T. Gez.* 1996-97, 25, noot D. FRERIKS; F. VAN NESTE, “Het medisch beroepsgeheim” in A. HEYVAERT, R. KRUIHOF en T. VANSWEEVELT (eds.), *Juridische aspecten van de geneeskunde*, Antwerpen, Kluwer, 1989, (191) 194-195; H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 2005 (2^{de} ed.), 532, nr. 1238; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2010, 223. Zie ook: art. 56-57 Code Geneeskundige Plichtenleer.

¹⁹⁴⁹ GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 109. Zie ook: Opinion 2.15 – Transplantation of Organs from Living Donors, AMA Code of Medical Ethics, <http://www.ama-assn.org>, waar wordt gesteld dat de arts enkel moet zeggen dat de donor niet geschikt is voor de donatie en de redenen geheim moeten blijven.

¹⁹⁵⁰ Vgl. H. DE PAGE, *Traité*, I, 1962, 65, nr. 50; P. VAN OMMESLAGHE m.m.v. D. BATSELE en J. JAUMOTTE, *Droit des obligations. Vol. 1*, 1996, 71; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, 60; R. BARBAIX, *Hoe anders is de overeenkomst schenking, en waarom? Rechtsvergelijkende studie van het contractuele statuut schenking*, 2007, 51, nr. 76

verdedigd kan uit het recht op informatie voor de ontvanger een dergelijke verplichting niet afgeleid worden.

Een arts kan juridisch gezien echter ook niet verplicht worden om te liegen op grond van het beroepsgeheim.¹⁹⁵¹ De *ratio legis* van de zwijgplicht van de arts uit artikel 458 Sw. dient om het vertrouwen in artsen te waarborgen.¹⁹⁵² Als men de arts op basis van het beroepsgeheim steeds zou kunnen verplichten tot het vertellen van leugens, dan zal dit vertrouwen slinken, wat een onwenselijke maatschappelijke evolutie zou zijn. Zo wordt in gelijkaardige zin aanvaard dat een arts bepaalde gezondheidsinformatie mag verzwijgen om een ernstig nadeel voor de patiënt te vermijden (therapeutische exceptie), maar *niet* dat hij hiertoe onwaarheden mag verkondigen.¹⁹⁵³ Daarnaast kunnen dergelijke leugens soms moeilijk volgehouden worden. De donor zou bv. in een lastig parket terecht kunnen komen indien hij later een levensverzekering wil afsluiten of aan een ander familielid wil doneren, maar voordien zagezegd ongeschikt bleek als donor.¹⁹⁵⁴ Zelfs als de arts *vrijwillig* zou liegen voor rekening van de donor, dan nog rijzen er deontologische vraagtekens. Zo bepaalt artikel 31 Code Geneeskundige plichtenleer dat een arts begrip moet tonen, maar zich moet onthouden van inmenging in familiale aangelegenheden, behalve in gevallen van een duidelijke therapeutische weerslag. Indien de ontvanger dus om een verdere verklaring vraagt, zou de arts hem in principe moeten doorverwijzen naar de potentiële donor om de juiste reden van diens weigering te achterhalen.¹⁹⁵⁵ Deze informatie valt immers onder de controlesfeer van de potentiële donor, die dan ook zelf zijn verantwoordelijkheid moet opnemen. Hij kan dan alsnog zelf een uitvlucht verzinnen. Voor zover dit binnen de geldende deontologie zou vallen, kunnen de artsen hem hierin helpen.¹⁹⁵⁶

Het lijkt hoe dan ook niet verstandig om de deur naar het medisch excuus volledig te sluiten. Er zouden zich gevallen kunnen voordoen waarin de potentiële donor alleen niet opgewassen is tegen de ontvanger en/of de andere familieleden en zonder medewerking van de arts niet kan ontsnappen aan familiale repercussies. Het kan bv. gaan om een donor die verkeert in een kwetsbare afhankelijke positie, terwijl de familieleden vijandig reageren.¹⁹⁵⁷ In dergelijke uitzonderlijke gevallen zou een gelogen medisch excuus kunnen gerechtvaardigd worden op basis van de noodtoestand. Begeleiding van de potentiële donor is dan aangeraden. Het achterhouden van informatie aan een familielid in nood kan immers psychologisch zwaar zijn.¹⁹⁵⁸

403. Bij *cross-over* donatie en haar varianten wordt het probleem van medische incompatibiliteit omzeild. Als argument tegen *cross-over* donatie zou dan ook wel eens kunnen

¹⁹⁵¹ *Contra*: J.E.M. AKVELD, *Transplantatie en wetgeving*, 1987, 89-90, die stelt dat het medisch excuus ook verdedigbaar is wanneer de donor zich reeds bereid heeft verklaard en die eveneens lijkt te stellen dat de donor de arts kan doen liegen op basis van het beroepsgeheim.

¹⁹⁵² Cass. 9 februari 1988, *Arr. Cass.* 1987-88, 720; Cass. 16 december 1992, *T. Gez.* 1996-97, 25, noot D. FRERIKS; Brussel 23 oktober 1990, *JT* 1991, 496, noot J. CRUYPLANTS; F. VAN NESTE, *o.c.* in A. HEYVAERT, R. KRUIHOF en T. VANSWEEVELT (eds.), *Juridische aspecten van de geneeskunde*, 1989, (191) 194; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2010, 221.

¹⁹⁵³ H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 2005 (2^{de} ed.), 153, nr. 341.

¹⁹⁵⁴ M. ABECASSIS *et al.*, *o.c.*, *JAMA* 2000, vol. 284, (2919) 2921; A. LENNERLING, *o.c.* in R.W.G. GRUENESSNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, 2008, (212) 215; GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 109.

¹⁹⁵⁵ M. ABECASSIS *et al.*, *o.c.*, *JAMA* 2000, vol. 284, (2919) 2921.

¹⁹⁵⁶ Vgl. M. ABECASSIS *et al.*, *o.c.*, *JAMA* 2000, vol. 284, (2919) 2921.

¹⁹⁵⁷ G. DEN HARTOGH, *o.c.* in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2008, (221) 225.

¹⁹⁵⁸ L.F. ROSS, *o.c.*, *Am. J. Transpl.* 2010, vol. 10, (731) 732. Zie ook: G. DEN HARTOGH, *o.c.* in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2008, (221) 225.

worden gesteld dat deze vorm van donatie het risico op dwang verhoogt, omdat dit medische excuus (of het nu waar is of niet) wegvalt.¹⁹⁵⁹ Deze vrees lijkt onterecht. Een medisch excuus zal nog steeds mogelijk zijn. Men kan immers een andere (medische) redenen opgeven of geen reden vermelden.¹⁹⁶⁰ Bij ongebalanceerde *cross-over* transplantatie zou er voor het compatibele koppel sowieso geen bijkomende druk zijn om te participeren aan het *cross-over* programma, omdat zij niets te verliezen hebben bij weigering.¹⁹⁶¹ Hun transplantatie kan los van enig ander koppel doorgaan.

§ 3. VERKEERDE VOORSTELLING VAN DE WERKELIJKHEID

A. *Bedrog*

404. Genoegen nemen met een gebrek aan dwang zou een eerder enge invulling van ‘vrijwilligheid’ betekenen. Want zo zouden meer subtiële invloeden zoals overreding en manipulatie ontsnappen aan controle, hoewel deze eveneens de uiting van de werkelijke wil zouden kunnen verhinderen.¹⁹⁶² Bijgevolg kan overeenkomstig artikel 1116 BW worden verdedigd dat bedrog de toestemming van de donor ongeldig maakt wanneer er ‘kunstgrepen’ worden gepleegd, zodanig dat men zonder die kunstgrepen niet zou hebben toegestemd. Het maakt niet uit of het bedrog onverschoonbaar is, d.w.z. of het wel zou zijn ontdekt door een normaal, voorzichtig persoon geplaatst in dezelfde omstandigheden.¹⁹⁶³ Hier geldt immers het adagium ‘*fraus omnia corrumpit*’.¹⁹⁶⁴ Wel moet het bedrog een doorslaggevende invloed op de wil hebben gehad.¹⁹⁶⁵

Voor bedrog in de zin van artikel 1116 BW moet er meer bepaald sprake zijn van een kunstgreep, een ‘omfloersing van de werkelijkheid’.¹⁹⁶⁶ Deze kan bestaan uit een handelen, zoals bv. leugens, maar evenzeer uit een nalaten, zoals bv. het verzwijgen van informatie terwijl men eigenlijk had moeten spreken.¹⁹⁶⁷ Wanneer de transplantatiearts bv. zegt dat een familielid van de potentiële donor een nier nodig heeft, maar kwaadwillig valabele alternatieven verzwijgt omdat men verwacht dat transplantatie betere resultaten oplevert, dan is er sprake van bedrog en kan de toestemming ongeldig worden geacht.¹⁹⁶⁸ Dit zal eveneens een schending van de informatieplicht van de arts¹⁹⁶⁹ uitmaken. Hetzelfde geldt voor de arts die overdreven grafisch de aftakeling van de ontvanger beschrijft, dan wel overdreven optimistisch de succesansen

¹⁹⁵⁹ BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, *Organ donation in the 21st century: Time for a consolidated approach*, London, BMA, 2000, 21; L.F. ROSS, o.c. in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2008, (183) 184 en 185; M. DE KLERK *et al.*, “Gepaarde donorrui; nieuw landelijk programma voor nierdonatie bij leven”, *Ned. T. Gen.* 2004, (420) 422; L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 102 en 185 en 187 en 189-190 en 197; L.W. KRANENBURG *et al.*, “Starting a Crossover Kidney Transplantation Program in The Netherlands: Ethical and Psychological Considerations”, *Transplantation* 2004, vol. 78, nr. 2, (194) 195.

¹⁹⁶⁰ Zie ook: G. THIEL *et al.*, “Crossover Renal Transplantation: Hurdles to Be Cleared!”, *Transpl. Proc.* 2001, vol. 33, (811) 813; GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 128-29.

¹⁹⁶¹ S.E. GENTRY *et al.*, “Expanding Kidney Paired Donation Through Participation by Compatible Pairs”, *Am. J. Transpl.* 2007, (2361) 2368.

¹⁹⁶² Vgl. N. BILLER-ANDORNO, o.c., *Transplantation* 2011, vol. 92, (617) 617-618.

¹⁹⁶³ P. VAN OMMESLAGHE m.m.v. D. BATSELE en J. JAUMOTTE, *Droit des obligations. Vol. 1*, 1996, 77; W. VAN GERVEN m.m.v. S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, (3^{de} ed.), 122.

¹⁹⁶⁴ L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, 63.

¹⁹⁶⁵ R. BARBAIX, *Hoe anders is de overeenkomst schenking, en waarom?*, 2007, 52, nr. 76 en 66, nr. 94.

¹⁹⁶⁶ L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, 58.

¹⁹⁶⁷ H. DE PAGE, *Traité*, I, 1962, 65, nr. 50; P. VAN OMMESLAGHE m.m.v. D. BATSELE en J. JAUMOTTE, *Droit des obligations. Vol. 1*, 1996, 71-72; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, 59-60; W. VAN GERVEN m.m.v. S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, (3^{de} ed.), 123.

¹⁹⁶⁸ Vgl. R. REDING, o.c., *Am. J. Transpl.* 2005, vol. 5, (1587) 1590; M. BROYER, o.c. in R. CARVAIS en M. SASPORTES (eds.), *La greffe humaine*, 2000, (421) 433.

¹⁹⁶⁹ Zie *infra* Afd. 5 van dit Deel.

van de donor beschrijft.¹⁹⁷⁰ In de reclamesector zijn overdrijvingen of leugentjes gebruikelijk. Men beschouwt dit doorgaans niet als bedrog, maar eerder als een *dolus bonus*, die geacht wordt geen determinerende invloed te hebben gehad op de toestemming.¹⁹⁷¹ In de medische sector kunnen dergelijke overdrijvingen uiteraard niet aanvaard worden. Als leek zal een patiënt of een potentiële donor dit niet gemakkelijk kunnen doorprikken, zodat de kunstgrepen sneller van determinerende aard zullen zijn.

405. Bij contractsluiting is bedrog in principe slechts een nietigheidsgrond voor zover dit uitgaat van een contractspartij (art. 1116 BW). Bedrog dat uitsluitend door een derde werd gepleegd, levert in principe geen nietigheidsgrond op.¹⁹⁷² Weliswaar wordt er doorgaans voor gepleit om wilsgebreken in het raam van rechtshandelingen ten kosteloze titel (m.n. schenkingen) ruimer in te vullen en de toestemming dus strenger te beoordelen. Meer bepaald wordt gesteld dat bedrog niet enkel van de contractspartij, maar van eenieder kan uitgaan. Het kosteloze karakter zou immers impliceren dat de begiftigde minder beschermenswaardig is, nu hij slechts een voordeel verliest, maar geen bijkomend nadeel lijdt.¹⁹⁷³ Het kosteloze karakter van orgaandonatie doet logischerwijze de vraag rijzen of eenzelfde ruimere invulling bij orgaanwegneming wenselijk is. Enerzijds valt het gezondheidsbelang van de ontvanger niet zomaar te vergelijken met het vermogensbelang van een begunstigde bij een schenking. Het gezondheidsbelang is m.i. van grotere waarde. Anderzijds is het zelfbepalingsrecht van de levende donor eveneens van groot belang, zodat de levende donor inderdaad een grote bescherming verdient tegen orgaanwegneming in strijd met zijn werkelijke wil. Het mag dan ook niet uitmaken wie er bedrog heeft gepleegd.

B. Dwaling

406. Verder kan het zijn dat de donor toestemt op basis van een verkeerde voorstelling van de werkelijkheid, maar zonder dat deze vergissing te wijten is aan bedrog. Inzake contractsluiting spreekt men dan van 'dwaling'.¹⁹⁷⁴ Ook bij orgaandonatie zou dwaling kunnen voorkomen. Zo kan het zijn dat de arts informatie heeft verstrekt aan de donor, maar hij die informatie verkeerd heeft begrepen. Zijn toestemming zal desgevallend niet vrij, want niet in lijn met zijn werkelijke overtuiging zijn.

Dwaling is een oorzaak van nietigheid van het contract indien ze de zelfstandigheid van de zaak die het voorwerp van de overeenkomst uitmaakt, betreft (art. 1110 BW). De dwaling moet dus determinerend zijn geweest voor de contractant (subjectieve invulling) om de toestemming te geven.¹⁹⁷⁵ De zelfstandigheid van de zaak kan in de orgaandonatiecontext

¹⁹⁷⁰ B. DICKENS, o.c. in A. GRUBB (ed.), *Principles of medical law*, 2004 (2^{de} ed), (1025) 1058 en 1060.

¹⁹⁷¹ L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, 61.

¹⁹⁷² Hoe dan ook zal dergelijk bedrog eventueel nog wel als een onverschoonbare dwaling (zie *infra* B van deze paragraaf) kunnen worden beschouwd. Ook wordt steeds aanvaard dat bedrog gepleegd met medeplichtigheid van een contractspartij of gepleegd door een derde die een contractspartij vertegenwoordigt, de toestemming eveneens ongeldig maakt. Zie: H. DE PAGE, *Traité*, I, 1962, 67-70, nr. 52; P. VAN OMMESELAGHE m.m.v. D. BATSELE en J. JAUMOTTE, *Droit des obligations*. Vol. I, 1996, 78; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, 62.

¹⁹⁷³ H. DE PAGE, *Traité*, I, 1962, 48, nr. 36bis; R. BARBAIX, *Hoe anders is de overeenkomst schenking, en waarom?*, 2007, 67, nr. 95.

¹⁹⁷⁴ H. DE PAGE, *Traité*, I, 1962, 48, nr. 38; P. VAN OMMESELAGHE m.m.v. D. BATSELE en J. JAUMOTTE, *Droit des obligations*. Vol. I, 1996, 59; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, 42-43 en 44; W. VAN GERVEN m.m.v. S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, (3^{de} ed.), 118.

¹⁹⁷⁵ H. DE PAGE, *Traité*, I, 1962, 50-51; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, 44 en 47, die dit evenwel bekritiseert, aangezien enkel rekening houden met de determinerende aard van de dwaling en niet meer met de aard of de inhoud ervan niet zou stroken met de bedoeling van de wetgever.

worden omschreven als ieder element dat doorslaggevend was om de orgaanwegneming te ondergaan.

407. Het gaat echter te ver om een arts telkens strafrechtelijk te sanctioneren, omdat de donor zich vergist heeft. Er moet een evenwicht gevonden worden tussen enerzijds het respect voor de werkelijke wil van de donor, die intern en dus moeilijk controleerbaar is, en anderzijds de nood aan rechtszekerheid voor de arts omtrent de geldigheid van de toestemming van de donor.¹⁹⁷⁶ Dit evenwicht kan bereikt worden door, zoals bij contractsluiting, slechts rekening te houden met de ‘verschoonbare’ dwaling. Dit houdt in dat de vergissing niet door een redelijk persoon geplaast in dezelfde omstandigheden zou zijn begaan.¹⁹⁷⁷ Dit impliceert voor de donor een redelijke verplichting om zelf voldoende informatie in te winnen.¹⁹⁷⁸ Gelet op het ingrijpende karakter van een orgaanwegneming kan verwacht worden van de donor dat hij zelf actief om inlichtingen vraagt over de aspecten die determinerend zijn voor hem. Niet eender welke vergissing hieromtrent zal de toestemming dus ongeldig maken. Enkel in geval van een vergissing die door ieder normaal, voorzichtig persoon, geplaast in dezelfde omstandigheden zou zijn ontdekt, kan de arts iets verweten worden.¹⁹⁷⁹ Op hem rust dan ook krachtens artikel 8, § 1 Orgaantransplantatiewet impliciet maar zeker de verplichting om dergelijke vergissingen op te sporen en desnoods recht te zetten.

Afdeling 4. Altruïstisch karakter

§ 1. GRONDSLAG

408. Overeenkomstig artikel 9, lid 3 Orgaantransplantatiewet moet de donor zijn beslissing met een niet te betwijfelen *altruïstisch* doel hebben genomen. De toestemming van de donor moet met andere woorden steunen op een altruïstische motivatie. Dit altruïsme wordt beschouwd als een pijler van orgaandonatie.¹⁹⁸⁰ Hoewel het non-commercialiteitsprincipe voor discussie vatbaar is, wordt het hier in de verdere bespreking als een vaststaand wettelijk gegeven beschouwd.

In Nederland wordt de toestemming als nietig beschouwd indien blijkt dat de donor niet altruïstisch handelde.¹⁹⁸¹ Indien de nietigheidssanctie in België zou worden toegepast, *quod non*, dan zou de arts bij gebrek aan altruïsme langs de kant van de donor steeds strafrechtelijk aansprakelijk zijn. Door de nietigheidssanctie zal de toestemming geacht worden nooit te zijn gegeven, zodat artikel 5 (*juncto* art. 17, § 3, lid 1) Orgaantransplantatiewet geschonden wordt. Overeenkomstig de huidige Belgische wetgeving zal het uitvoeren van een orgaanwegneming bij een donor die met een niet-altruïstisch oogmerk heeft toegestemd, echter niet noodzakelijk tot de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de arts leiden. Slechts indien de arts verzuimt vast te stellen dat de donor een *niet te betwijfelen* altruïstisch oogmerk heeft, kan er sprake zijn van strafbaarstelling.¹⁹⁸² Indien het altruïsme niet te betwijfelen leek, maar achteraf toch blijkt te

¹⁹⁷⁶ Vgl. H. DE PAGE, *Traité*, I, 1962, 50, nr. 38bis en 60, nr. 46.

¹⁹⁷⁷ H. DE PAGE, *Traité*, I, 1962, 61; P. VAN OMMESLAGHE m.m.v. D. BATSELE en J. JAUMOTTE, *Droit des obligations*. Vol. I, 1996, 63-64; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, 52; W. VAN GERVEN m.m.v. S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, (3^{de} ed.), 120.

¹⁹⁷⁸ W. VAN GERVEN m.m.v. S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, (3^{de} ed.), 120.

¹⁹⁷⁹ Schijnbaar *contra*: A. DIERICKX, *Toestemming en strafrecht*, 2006, 292-294, waar geen verschoonbaarheidsvereiste wordt genoemd.

¹⁹⁸⁰ Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 51-2680/001, 5.

¹⁹⁸¹ Art. 2 Wet Orgaandonatie.

¹⁹⁸² Art. 9, lid 3 *juncto* art. 17, § 3, lid 1 Orgaantransplantatiewet.

ontbreken, dan zal de arts niet strafbaar zijn; de donor daarentegen mogelijk wel.¹⁹⁸³ Dit is niet meer dan wenselijk, nu de arts in dit laatste geval niets te verwijten valt.

409. De kernvraag is wat precies onder ‘altruïstisch’ begrepen moet worden. De wetgever stelde dat het altruïsmevereiste moet worden geïnterpreteerd in het licht van artikel 4 Orgaantransplantatiewet.¹⁹⁸⁴ Dit betekent dat de donor niet geldig kan toestemmen indien hij hiermee een betaling of enig ander financieel voordeel (bv. een jobaanbieding of promotie op het werk) tracht te verkrijgen.¹⁹⁸⁵ Het verkrijgen van een loutere vergoeding voor de kosten en inkomstenderving die met de orgaanwegneming verband houden, mag daarentegen niet als strijdig met een altruïstische ingesteldheid beschouwd worden.¹⁹⁸⁶ Tot zover is de wet vrij duidelijk.

Altruïsme veronderstelt echter meer dan louter een gebrek aan betalingsoogmerk.¹⁹⁸⁷ In het gewone taalgebruik wordt altruïsme immers gedefinieerd als “*het laten bepalen van zijn handelwijze door de belangen van anderen*”.¹⁹⁸⁸ Altruïsme wordt voor orgaandonatie voornamelijk van belang geacht in het raam van kwaliteit en veiligheid. Indien het verbeteren van de gezondheid van de ontvanger niet het (enige) belang is dat de donor beoogt, dan ontstaat er een kwaliteits- en veiligheidsrisico ten aanzien van de ontvanger. Het zou immers kunnen dat de donor bepaalde risicofactoren (bv. in verband met besmettelijke ziekten) verzwijgt, zodat de artsen geen adequate risicobeoordeling kunnen uitvoeren. Dit is de *ratio legis* van artikel 4 Orgaantransplantatiewet.¹⁹⁸⁹ Altruïsme houdt dus in dat de donor gemotiveerd moet zijn door bezorgdheid voor de ontvanger.¹⁹⁹⁰ Niet enkel het nastreven van een financieel voordeel, maar ook ieder ander oogmerk dat een risico voor het (gezondheids-)belang van een ontvanger laat bestaan, is onverenigbaar met een altruïstische houding.¹⁹⁹¹

410. De juridische opvatting van altruïsme impliceert voor alle duidelijkheid niet dat altruïsme onverenigbaar is met het nastreven van eigenbelang. M.i. moet worden aangenomen dat personen steeds handelen vanuit eigenbelang, zodat ‘puur’ altruïsme of het handelen in het *uitsluitend* belang van anderen niet bestaat.¹⁹⁹² Er kan dus worden gesproken van altruïsme

¹⁹⁸³ Zie ook *supra* Deel III, Hoofdstuk I, Afd. 2, § 1, A en *infra* Afd. 9, § 2, A.2. van dit Deel.

¹⁹⁸⁴ Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220/9, 37-38.

¹⁹⁸⁵ Art. 4, § 1, lid 1 en § 2, lid 2 Orgaantransplantatiewet; D. MINTEN m.m.v. W. DIJKHOFFZ, *Gezondheidsrecht toegepast. Recht voor vroedvrouwen en verpleegkundigen*, Antwerpen, Intersentia, 2011 (2^{de} ed.), 165. Zie ook: aanbeveling 4, d in Resolution CM/Res(2008)4 on adult-to-adult living donor liver transplantation, <http://www.coe.int>; aanbeveling x in Resolution CM/Res(2013)56 on the development and optimisation of live kidney donation programmes, <http://www.coe.int>; HTA, “Guidance for living organ donors on the Human Tissue Authority’s independent assessment proces” (2012), www.hta.gov.uk, 5.

¹⁹⁸⁶ Art. 4, § 2, lid 1 Orgaantransplantatiewet.

¹⁹⁸⁷ Zie reeds: H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 2005, 517, nr. 1207; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 120.

¹⁹⁸⁸ Tw. “Altruïsme” in Dikke Van Dale online woordenboek. Zie ook: NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS, *Human bodies*, 2011, 139.

¹⁹⁸⁹ Considerans 19 Richtlijn 2010/53/EU. Zie ook: M. ABECASSIS *et al.*, *o.c.*, *JAMA* 2000, vol. 284, (2919) 2925.

¹⁹⁹⁰ Vgl. commentaar bij Guiding Principle 3, WHO Guiding Principles on Human Cell, Tissue and Organ Transplantation (2010), <http://www.who.int>.

¹⁹⁹¹ Zie ook: Juridische nota, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220/9, 52, waar altruïsme en naastenliefde in dezelfde adem werden genoemd; W. GLANNON en L.F. ROSS, *o.c.*, *Camb. Q. Healthc. Ethics* 2002, vol. 11, (153) 153; Appendix to Resolution CM/Res(2008)6 on transplantation of kidneys from living donors who are not genetically related to the recipient, www.edqm.eu, waar wordt gesproken over “*financial gain or comparable advantage*”.

¹⁹⁹² Zie ook: N. SCHEPER-HUGHES, *o.c.*, *Am. J. Transpl.* 2007, vol. 7, (507) 508; A.S. DAAR, “Strangers, intimates, and altruism in organ donation”, *Transplantation* 2002, vol. 74, nr. 3, (424) 424; GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 104-105, die de voordelen voor de donor zelf als een belangrijke en legitieme drijfveer beschouwt; P. SÝKORA, “Altruism: Reciprocity/Solidarity Approach” in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J.V. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2011, (365) 367; L. WRIGHT *et al.*, *o.c.* in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J.V. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2011, (407) 413; NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS, *Human bodies*, 2011, 139-140; F.J.M.F. DOR *et al.*, “New Classification of ELPAT for Living Organ Donation”, *Transplantation* 2011, vol. 91, (935) 937. Om deze reden moet ook de term ‘altruïstisch’ verkozen

zodra het nastreven van eigenbelang samenvalt met het nastreven van het belang van de ontvanger.¹⁹⁹³ Zo zou een donor bijgevolg wel een financieel voordeel kunnen nastreven en alsnog altruïstisch handelen, bv. door te doneren aan een echtgenote waardoor zij terug kan werken.¹⁹⁹⁴ Het is bv. ook mogelijk dat de donor op zich geen duidelijk belang meent te hebben bij een gezondheidsverbetering van de ontvanger, maar dat de naasten van de ontvanger dit wel hebben. Het kan dan zijn dat de donor wel een belang heeft bij het behartigen van de belangen van deze naasten. De donatie valt ook dan altruïstisch te noemen.

Het altruïsmevereiste verhindert evenmin het geven van een voordeel als blijkt van waardering aan de donor, voor zover dit voordeel niet de doorslaggevende prikkel voor de wegneming vormde.¹⁹⁹⁵ In vele landen werd er zelfs wettelijk voorzien in zo'n waarderingsvoordeel. In de VS bv. kan iedere donor of diens familie een medaille (m.n. de Stephanie Tubbs Jones Gift of Life Medal) krijgen 'in ruil' voor een donatie en zonder dat dit kan worden beschouwd als een ongeoorloofde beweegreden.¹⁹⁹⁶

411. Om na te gaan of er een altruïstisch oogmerk aanwezig is, moeten bijgevolg telkens *in concreto* de beweegredenen van de donor bekeken worden.¹⁹⁹⁷ Het achterhalen van iemands beweegredenen is evenwel geen eenvoudige taak. De controle op het altruïstisch karakter zal in een latere paragraaf behandeld worden.¹⁹⁹⁸ Hierna zal worden ingegaan op twee situaties waarin de beweegredenen van de donor in het bijzonder een bron van discussie kunnen zijn. Het gaat om niet-gerelateerde donoren (§ 2) en donaties door gevangenen (§ 3).

§ 2. NIET-GERELATEERDE DONOREN

A. Algemeen

412. Indien er een emotionele relatie tussen donor en ontvanger bestaat, vormt het altruïstisch karakter van de donatie doorgaans geen probleem, zo blijkt.¹⁹⁹⁹ De emotionele band schept als het ware een weerlegbaar vermoeden dat de donor slechts zijn fysieke integriteit laat aantasten omdat hij het gezondheidsbelang van de ontvanger wil behartigen. Wegens de emotionele band met de ontvanger haalt de donor hieruit een psychologisch voordeel dat zijn toestemming tot orgaanwegneming kan verklaren.²⁰⁰⁰ Het belang van de donor valt samen met het belang van

worden boven 'onbaatzuchtig'. Deze laatste lijkt immers te impliceren dat de donor geen baten heeft, wat m.i. onjuist is. Zie ook: D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008 331.

¹⁹⁹³ Vgl. G. DEN HARTOGH, o.c. in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2008, (221) 228-229. *Contra*: W. GLANNON en L.F. ROSS, o.c., *Camb. Q. Healthc. Ethics* 2002, vol. 11, (153) 154; K. ZEILER, "Why the altruism/self-interest dichotomy does not hold and should be avoided also in public perception studies related to 'donation'" in G. RANDHAWA en S. SCHICKTANZ (eds.), *Public Engagement in Organ Donation and Transplantation*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2013, (18) 23.

¹⁹⁹⁴ Vgl. ook E. NORDIN, "Een onderzoek naar de voor- en nadelen van de (gereguleerde) markt in organen", *TPR* 2010, (93) 131.

¹⁹⁹⁵ Cf. N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, Antwerpen, Intersentia, 2015, nr. 143; Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220-9, 37. Zie ook *supra* Deel III, Hoofdstuk I, Afd. 2, § 1, A.1.b.

¹⁹⁹⁶ 42 U.S.C. § 274i-3.

¹⁹⁹⁷ L. BOSMAN en M.L. LEROY-SWAANS, "Implications juridiques et morales des prélèvements et greffes d'organes", *Rev. Méd. Liège* 1968, (588) 594.

¹⁹⁹⁸ Zie *infra* Afd. 9, § 2, A.2. van dit Hoofdstuk.

¹⁹⁹⁹ Zie bv. T. GRUEL, *Le droit ébranlé par les manipulations du corps*, 2002, 492, nr. 883.

²⁰⁰⁰ Dit voordeel is eveneens vereist om de orgaanwegneming evenredig te maken. Zie *infra* Hoofdstuk IV, Afd. 1, § 2, B.2.c. van dit Deel.

de ontvanger, zodat *prima facie* een altruïstische ingesteldheid redelijkerwijze niet betwijfeld hoeft te worden.²⁰⁰¹

Het komt er dan wel op aan om de emotionele band te bewijzen. Zo zal een genetische relatie (bv. ouders, kinderen, broers en zussen) vaak (maar niet noodzakelijk) samenvallen met een emotionele relatie. Genetische banden rechtvaardigen m.i. dan ook een weerlegbaar vermoeden van emotionele verbondenheid. Ze sluiten niet-altruïstische motieven echter niet volledig uit.²⁰⁰² Naast genetische banden kan de emotionele band ook bewezen worden aan de hand van o.a. getuigenissen, gemeenschappelijke vakanties, e.d.²⁰⁰³

413. Niet-gerelateerde donoren komen vooralsnog amper in België voor en lijken zich te beperken tot dominotransplantatie of het recente *cross-over* programma.²⁰⁰⁴ Dit staat in sterk contrast met buurland Nederland, waar het aantal ongerelateerde (nier-)donaties in vergelijking zeer hoog ligt (80 niertransplantaties met geheel niet-gerelateerde donoren in 2013).²⁰⁰⁵ Nederland beschikt immers al sinds 2000 over een programma voor geheel ongerelateerde donoren.²⁰⁰⁶ Ook in de VS zijn er sinds 2000 verschillende transplantatiecentra betrokken in actieve programma's voor ongerelateerde donoren en melden dergelijke donoren zich er ook effectief aan.²⁰⁰⁷

Nochtans maakt de Belgische Orgaantransplantatiewet, zoals ook de Nederlandse²⁰⁰⁸ en Amerikaanse²⁰⁰⁹ wetgeving, géén onderscheid naargelang het bestaan van een genetische of emotionele relatie.²⁰¹⁰ De niet-gerelateerde donoren zijn dus niet per definitie uitgesloten als orgaandonoren, noch aan strengere voorwaarden onderworpen dan gerelateerde donoren.²⁰¹¹ Uit artikel 4bis Orgaantransplantatiewet kan zelfs een impliciete toelating van ongerelateerde donoren ('donoren die elkaars identiteit niet kennen') afgeleid worden. Een impliciete toelating van ongerelateerde *cross-over* transplantatie is te vinden in artikel 10/24 KB Transplantatiecentra.

²⁰⁰¹ Zie ook in die zin: B. DICKENS, o.c. in A. GRUBB (ed.), *Principles of medical law*, 2004 (2^{de} ed), (1025) 1065; J. HERRING, *Medical law and ethics*, 2006, 371-372; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008 325-326 en 332-333; OPTN/UNOS Ethics Committee, "Living Non-directed Organ Donation", <http://optn.transplant.hrsa.gov>.

²⁰⁰² Human organ and tissue transplantation, Report by the Secretariat, EB113/14, 27 november 2003, <https://extranet.who.int>. Zie ook: *Vr. en Antw.* Senaat 2006-07, 8 mei 2006, p. 9205 (Vr. nr. 3-5034 ANSEEUW): men is niet altijd zeker van de eendracht binnen de familie.

²⁰⁰³ AGENCE DE LA BIOMÉDICINE, "Bilan d'application de la loi de bioéthique du 6 août 2004", <http://www.agence-biomedecine.fr>, 2008, deel 1, 12; J.-R. BINET, "Présentation générale de la loi relative à la bioéthique" in J. BECQUE (ed.), *Juris Classeur: droit civil*, 2012, currents, art. 16 à 16-14: fasc. 5, nr. 85.

²⁰⁰⁴ A. PASCALEV *et al.*, "Expanding Living Organ Donation in Europe: Attitudes, Barriers and Opportunities. Results from a Multi-country Focus Group Study" in F. AMBAGTSHEER en W. WEIMAR (eds.), *The EULOD Project. Living Organ Donation in Europe. Results and Recommendations*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2013, (27) 30 en 41; Eurotransplant Annual report 2013, www.eurotransplant.org, 80.

²⁰⁰⁵ Zie o.a.: Eurotransplant Annual report 2013, www.eurotransplant.org, 80.

²⁰⁰⁶ W. ZUIDEMA *et al.*, "Programma voor Samaritaanse nierdonatie in Erasmus MC, 2000-september 2008", *Ned. T. Gen.* 2009, vol. 153, (595) 596.

²⁰⁰⁷ A.J. MATAS, "Nondirected and Controversial Donors" in R.W.G. GRUENESSNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, 2008, (57) 58-60; A. SHARIF, "Unspecified Kidney Donation – A Review of Principles, Practice and Potential", *Transplantation* 2013, vol. 95, (1425) 1426; S.R. ROFF, "Self-interest, self-abnegation and self-esteem: towards a new moral economy of non-directed kidney donation", *J. Med. Ethics* 2007, vol. 33, (437) 438-439.

²⁰⁰⁸ Zie: GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 151 over de interpretatie van 'bepaalde personen' in art. 3, lid 1 Wet op de Orgaandonatie.

²⁰⁰⁹ Zie: K. LOBAS, o.c., *Seton Hall Legis. J.* 2005-06, vol. 30, (475) 487; J.T. EBERL en P.R. HELFT, "Le modèle américain" in M.-J. THIEL (ed.), *Donner, recevoir un organe: droit, dû, devoir*, Straatsburg, Presses universitaires de Strasbourg, 2009, (31) 34.

²⁰¹⁰ Hierop bestaat één uitzondering. Artikel 7 Orgaantransplantatiewet stelt dat minderjarigen enkel aan een broer of zus kunnen doneren.

²⁰¹¹ A. BELHOUSSE, "Prélèvement et transplantation d'organes à travers la législation marocaine et la législation belge", *Con. M.* 2008, (27) 31; H. NYSS, *Recht en bio-ethiek. Wegwijs voor mensen in de gezondheidszorg*, Leuven, LannooCampus, 2010, 137; Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek betreffende bepaalde ethische aspecten van de wijzigingen door de wet van 25 februari 2007 aangebracht aan de wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, www.health.belgium.be, 73.

Positief is dat dergelijke soepele wetgeving kan leiden tot een hoger aantal donoren, wat in het raam van het orgaantekort een lovenswaardig beleidsdoel is.²⁰¹² Dat weinig mensen tot dergelijke donatie bereid zouden zijn, vormt m.i. geen absoluut bezwaar. Het sterk verbeteren van de gezondheid van zelfs maar enkele ontvangers is reeds een behartigenswaardige doelstelling. Zelfs een beperkt aantal niet-gerelateerde donoren kan dus al de moeite waard zijn.²⁰¹³ De bewering dat door de toevoeging van ongerelateerde donoren aan het bestaande donatiesysteem minder gerelateerde donoren geneigd zouden zijn om te doneren en er dus gevreesd moet worden voor een netto-daling van levende donoren,²⁰¹⁴ lijkt m.i. evenmin overtuigend. Het is ongeloofwaardig dat gerelateerde donoren voortaan hun naaste in de kou zouden laten staan omdat er een kans bestaat dat een ongerelateerde donor zich zou aanmelden.²⁰¹⁵ Dit risico lijkt althans niet groot genoeg om iedere vorm van ongerelateerde donatie te verbieden. Indien zich toch zo'n daling zou voordoen, dan kan dit worden opgevangen door juiste informatieverstrekking en voorlichting over het blijvende belang aan gerelateerde donoren.²⁰¹⁶

414. De wet is geenszins restrictief, want laat inzake ongerelateerde donoren een beoordelingsmarge aan de artsen.²⁰¹⁷ Het lage aantal ongerelateerde donoren in België kan dan niet los worden gezien van de weigerachtige houding vanwege transplantatiecentra in de praktijk.²⁰¹⁸ Deze terughoudendheid moet wellicht gezocht worden in de opvatting dat niet-gerelateerde donoren problemen geven in het licht van het altruïsmevereiste. Traditioneel worden in verband hiermee twee bezorgdheden opgeworpen: het bestaan van psychopathologieën (*infra* B) en het bestaan van orgaanhandel (*infra* C). De recente opkomst van *cross-over* programma's maakt dat ook enkele bedenkingen kunnen worden gemaakt over het altruïstisch karakter ervan (*infra* D). Het Europees Parlement verzocht de lidstaten reeds met klem om strenge wettelijke voorschriften aan te nemen als het gaat om transplantatie van niet-gerelateerde levende donoren.²⁰¹⁹ Hierna zal worden afgetoetst of het huidige wettelijk kader een adequaat evenwicht vindt tussen het verhogen van het orgaanaanbod en de genoemde bezorgdheden, dan wel verstrengd moet worden.

²⁰¹² M. EVANS, "Organ donations should not be restricted to relatives", *J. Med. Ethics* 1989, vol. 15, (17) 19; L.F. ROSS, "Solid organ donation between strangers", *J. L. Med. & Ethics* 2002, vol. 30, (440) 441; A.-C. SQUIFFLET, "Le droit face à la pénurie d'organes: quels apports pour quelle efficacité?", *Ann. Dr. Louvain* 2011, (357) 380; L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 89. *Contra*: Vr. en Antw. Kamer 2014-15, 31 maart 2015, p. 36 (Vr. nr. 191 DEMON), waar onterecht wordt gesteld dat orgaanwegneming bij leven enkel kan ten voordele van familieleden of mensen met wie je al zeer lang een erg hechte band hebt.

²⁰¹³ Vgl. G. THIEL *et al.*, o.c., *Transpl. Proc.* 2001, vol. 33, (811) 814; L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 189.

²⁰¹⁴ Zie over dit 'substitution effect' of 'bystander effect': F. BILGEL, *The law and economics of organ procurement*, Cambridge, Intersentia, 2011, 94-95, 102 en 104, die echter wijst op een aantal belangrijke beperkingen van zijn studie.

²⁰¹⁵ L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 189.

²⁰¹⁶ Vgl. A.J.Z. HENDERSON *et al.*, "The Living Anonymous Kidney Donor: Lunatic or Saint?", *Am. J. Transpl.* 2003, vol. 3, (203) 208.

²⁰¹⁷ Vgl. D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008 320-321.

²⁰¹⁸ Zie: M. HELBERT, "Levende donor niertransplantatie in België anno 2012", *Orpadt forum* 2012, jaargang 12, nr. 1, (10) 14; A. BELHOUS, o.c., *Con. M.* 2008, (27) 31; Brochure UZ Leuven, "Kandidaat levende donor van een nier", www.uzleuven.be, 5, waar wordt gezegd dat de donor en ontvanger een band moeten hebben. Zie daarnaast ook: D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008 317-319; M. HABERAL en A. DALGIC, "New Concepts in Organ Transplantation", *Transpl. Proc.* 2004, vol. 36, (1219) 1220.

²⁰¹⁹ Resolutie van het Europees Parlement van 22 april 2008 over orgaandonatie en -transplantatie: beleidsmaatregelen op EU-niveau (2007/2210(INI)), *Pb. C.* 29 oktober 2009, afl. 259, 5. Zie daarvoor ook al: Aanbeveling 1611 (2003) van de Parlementaire vergadering van de Raad van Europa over mensenhandel in Europa, <http://www.coe.int>, nrs. 8, 9 en iv.a.

B. Eerste bezorgdheid: psychopathologieën

415. Wanneer een emotionele relatie ontbreekt en met name wanneer de donor de ontvanger niet vooraf kent, bestaat bij sommigen de vrees dat de toestemming tot orgaanwegneming de veruitwendiging van een psychopathologie zou zijn.²⁰²⁰ Zij zien m.a.w. niet in hoe dergelijke donatie ooit altruïstisch kan zijn. Inderdaad, dergelijke donatie is in het raam van de huidige individualistische maatschappij hoogst ongewoon. Het kan niet worden uitgesloten dat de donatie in een psychopathologie (bv. masochisme,²⁰²¹ zoeken naar iemand om een relatie op te bouwen²⁰²²) haar oorsprong vindt. Naast het altruïstisch karakter komt dan mogelijk ook het wilsbekwaam karakter van de toestemming in het gedrang en kunnen er psychologische risico's bestaan die de orgaanwegneming onevenredig maken.

416. Dat niet-gerelateerde donatie *noodzakelijkerwijze* een psychopathologie inhoudt, kan echter niet worden gestaafd aan de hand van empirisch bewijs. Onderzoek toont veeleer aan dat een psychisch gezonde, wilsbekwame persoon wel degelijk zonder emotionele band met de ontvanger op altruïstische wijze kan doneren.²⁰²³

Een aantal altruïstische beweegredenen zijn denkbaar. Zo kan de niet-gerelateerde donatie steunen op religieuze redenen, op een gevoel van sociale verantwoordelijkheid of op ervaringen met een naaste die wachtend op een transplantatie stierf aan de dialyse.²⁰²⁴ Men noemt dergelijke donoren wel eens 'Samaritaanse' donoren ('*Good Samaritan donors*').²⁰²⁵ Wegens de voornamelijk christelijke connotatie en het feit dat niet alle donoren uit christelijke overwegingen doneren, moet deze term echter worden afgewezen.²⁰²⁶ Maar ook bij de term 'niet-gerelateerde donoren' moet een kanttekening worden geplaatst. Zo kunnen dergelijke donoren wel een emotionele relatie ervaren bv. bij wijze van sympathie met de kandidaat-ontvangers (als groep).²⁰²⁷ Deze band is dan veeleer eenzijdig, zodat m.i. niet ten volle van een relatie kan worden gesproken.

Doneren om media-aandacht te verkrijgen en zichzelf als een held te profileren, wordt doorgaans als een onaanvaardbare motivatie beschouwd.²⁰²⁸ Er kan dan worden gesteld dat de

²⁰²⁰ L. BOSMAN en M.L. LEROY-SWAANS, o.c., *Rev. Méd. Liège* 1968, (588) 594; A.J.Z. HENDERSON *et al.*, o.c., *Am. J. Transpl.* 2003, vol. 3, (203) 203; D.S. SILVA en L. WRIGHT, "Of Altruists and Egoists: Living Anonymous Donors" in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2008, (291) 292; W. HINKLE, "Giving until it hurts: prisoners are not the answer to the national organ shortage", *Ind. L. Rev.* 2002, vol. 35, (593) 613; P. SCHOTSMANS, *Handboek medische ethiek*, Leuven, Lannoo Campus, 2008, 166, die enerzijds verwijst naar het medisch risico, maar anderzijds opwerpt dat bloeddonatie bv. wel aanvaard wordt.

²⁰²¹ W. DREESSEN, "Orgaantransplantatie en mensenrechten", *Jura Falc.* 1984-85, (500) 513.

²⁰²² OPTN/UNOS Ethics Committee, "Living Non-directed Organ Donation", <http://optn.transplant.hrsa.gov>.

²⁰²³ A.J.Z. HENDERSON *et al.*, o.c., *Am. J. Transpl.* 2003, vol. 3, (203) 204 en 207; E.K. MASSEY *et al.*, "Altruistic Donation to Strangers: Donor Motivation and Interpersonal Values" in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J.V. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2011, (370) 375-376; GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 137. Zie ook de casus in: W.N. KEYES, *Bioethical and evolutionary approaches to medicine and the law*, Chicago ill., American Bar Association, 2007, 681. Zie ook: D. STEINBERG, "The Allocation of Organs Donated by Altruistic Strangers", *Ann. Intern. Med.* 2006, (197) 200.

²⁰²⁴ A.J.Z. HENDERSON *et al.*, o.c., *Am. J. Transpl.* 2003, vol. 3, (203) 206 en 207; J. HERRING, *Medical law and ethics*, 2006, 372; J. HOYER, o.c. in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2008, (232) 234; A.J. MATAS, o.c. in R.W.G. GRUESSNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, 2008, (57) 59; W. ZUIDEMA *et al.*, o.c., *Ned. T. Gen.* 2009, vol. 153, (595) 598-599. Zie ook: S.R. ROFF, o.c., *J. Med. Ethics* 2007, vol. 33, (437) 438-439. Zie weliswaar: J.R. RODRIGUE *et al.*, o.c., *Transplantation* 2011, vol. 91, (772) 775, waar naast een hoofdzakelijk altruïstisch oogmerk ook een secundair motief uit eigenbelang werd waargenomen.

²⁰²⁵ M. ABECASSIS *et al.*, o.c., *JAMA* 2000, vol. 284, (2919) 2924; M.A. BOS, "Organ Transplantation – The European Perspective" in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2008, (17) 25.

²⁰²⁶ F.J.M.F. DOR *et al.*, o.c., *Transplantation* 2011, vol. 91, (935) 936-937.

²⁰²⁷ F.J.M.F. DOR *et al.*, o.c., *Transplantation* 2011, vol. 91, (935) 936. *Contra*: M. EVANS, o.c., *J. Med. Ethics* 1989, vol. 15, (17) 19, waar wordt gesteld dat de donor bij gebrek aan persoonlijke band met de ontvanger geen emotioneel zelfbelang kan hebben.

²⁰²⁸ W. DREESSEN, o.c., *Jura Falc.* 1984-85, (500) 513, die dit niet als een redelijk verantwoord doel beschouwt en het in dergelijke gevallen nodig acht om het zelfbepalingsrecht volgens art. 8, lid 2 EVRM te beperken; P.L. ADAMS *et al.*, o.c., *Transplantation* 2002,

donor te veel gericht is op eigenbelang en de belangen van de ontvanger kan verwaarlozen. Er kan dan juridisch gezien niet van altruïsme gesproken worden. Toch is media-aandacht voor de donor niet steeds een contra-indicatie. In een opmerkelijk geval doneerde de Duitse arts J. Hoyer een nier ten voordele van een onbekende ontvanger en wilde hij hiermee tegelijk aandacht vragen voor het tekort aan organen van overledenen in Duitsland.²⁰²⁹ Er kan aangenomen worden dat deze donor wel degelijk het belang van de ontvanger voor ogen had. Slechte uitkomsten dreigen immers niet het gewenste effect van een grotere donatiebereidheid te hebben, dus zal het belang van de ontvanger zeer waarschijnlijk wel een groot aandachtspunt van dr. Hoyer geweest zijn.

417. Gelet op het voorgaande lijkt het risico op psychopathologieën geen doorslaggevende reden om een verbod op ongerelateerde donoren te rechtvaardigen. Dit zou anders onvoldoende de goede bedoelingen en de autonomie van bepaalde donoren eerbiedigen²⁰³⁰ en zou een gemiste kans voor de gezondheid van kandidaat-ontvangers inhouden. Uiteraard zal voor ongerelateerde donoren wel een zorgvuldige, aangepaste psychosociale evaluatie vereist zijn.²⁰³¹ Hiervoor kan met name verwezen worden naar de verplichting tot voorafgaand multidisciplinair overleg.²⁰³²

C. Tweede bezorgdheid: orgaanhandel

1. Probleemstelling

418. Naast psychopathologieën dreigt nog een ander oogmerk het altruïstisch karakter van orgaandonatie te ondermijnen. Zo wordt ongerelateerde donatie vaak geschuwd omwille van de vrees dat de donor een winst oogmerk zou nastreven (m.a.w. orgaanhandel).²⁰³³ Het is met

vol. 74, (582) 585 en 587; S.G. JOWSEY en T.D. SCHNEEKLOTH, o.c., *Transplantation Reviews* 2008, vol. 22, (192) 194; L. WRIGHT *et al.*, o.c. in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J.V. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2011, (407) 414.

²⁰²⁹ X., “German transplant surgeon donates his kidney”, *The Lancet* 1996, vol. 348, 328; J. HOYER en G. KOOTSTRA, [“Interview”], *Transpl. Int.* 1997, vol. 10, 167-168.

²⁰³⁰ Vgl. L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 189.

²⁰³¹ A. SHARIF, o.c., *Transplantation* 2013, vol. 95, (1425) 1427; P.L. ADAMS *et al.*, o.c., *Transplantation* 2002, vol. 74, (582) 585; A.J.Z. HENDERSON *et al.*, o.c., *Am. J. Transpl.* 2003, vol. 3, (203) 208; L. TIMMERMAN *et al.*, “Psychological Functioning of Unspecified Anonymous Living Kidney Donors Before and After Donation”, *Transplantation* 2013, vol. 95, nr. 11, (1369) 1372; D.S. SILVA en L. WRIGHT, o.c. in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2008, (291) 296; M.A. SANNER *et al.*, o.c. in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2008, (291) 194. Zie ook: BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, *Organ donation in the 21st century: Time for a consolidated approach*, London, BMA, 2000, 12-13; S.G. JOWSEY en T.D. SCHNEEKLOTH, o.c., *Transplantation Reviews* 2008, vol. 22, (192) 194; M.A. DEW *et al.*, o.c. in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2008, (208) 212; J.M. WILMINK, “Ethische aspecten” in H.B.M. VAN WEZEL, M. SLOOFF en H. VAN GOOR (eds.), *Orgaandonatie. Organisatorische, juridische, ethische en medisch-technische aspecten van orgaan- en weefseldonatie*, Houten, Bohn Stafleu Van Loghum, 1998, (22) 31. Deels contra: W.N. KEYES, *Bioethical and evolutionary approaches to medicine and the law*, 2007, 682, die een psychiatrische evaluatie niet verplicht acht, tenzij het gebrek aan wilsbekwaamheid waarschijnlijk is.

²⁰³² Art. 8bis Orgaantransplantatiewet. Zie uitgebreider *infra* Afd. 9, § 2, B van dit Hoofdstuk.

²⁰³³ L. BOSMAN en M.L. LEROY-SWAANS, o.c., *Rev. Méd. Liège* 1968, (588) 594; W. KOKKEDEE, “De Wet op de orgaandonatie aangenomen”, *TvGR* 1998, (202) 203; A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, 1999, 176, 178 en 193; A. LIU, “Human Organ Transplant Ordinance: Facilitating Adult Live Donor Transplants?” in M. FREEMAN en A. D.E. LEWIS, *Law and medicine*, Oxford, Oxford University Press, 2000, (473) 482; A. ROGERS en D. DURAND DE BOUSINGEN, *Bioethics in Europe*, Straatsburg, Council of Europe Press, 1995, 172; E.J. GORDON, o.c., *Am. J. Transpl.* 2012, vol. 12, (2273) 2277; Informal consultation on organ transplantation (WHO/HLE/90.1), WHO Headquarters, Geneve, 2-4 mei 1990, <http://apps.who.int>, 7; A.J.Z. HENDERSON *et al.*, o.c., *Am. J. Transpl.* 2003, vol. 3, (203) 203; A. BELHOUS, o.c., *Con. M.* 2008, (27) 31; S. MCLEAN, “Royaume-Uni: vers une révision du cadre juridique?” in P. MORRIS (ed.), *Regard éthique: Les transplantations*, Straatsburg, Raad van Europa, 2003, (161) 164; D.S. SILVA en L. WRIGHT, o.c. in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2008, (291) 292; H. NYS, *Recht en bio-ethiek*, 2010, 137; J. PENNEAU, “Corps humain – Bioéthique” in P. RAYNAUD *et al.* (eds.), *Répertoire de droit civil*, Parijs, Dalloz, 2012, currens, nr. 170; J.-R. BINET, o.c. in J. BECQUE (ed.), *Juris Classeur: droit civil*, 2012, currens, art. 16 à 16-14: fasc. 5, nr. 91. De vrees voor commercialiteit blijkt ook onmiskenbaar in: Appendix to Resolution CM/Res(2008)6 on transplantation of kidneys from living donors who are not genetically related to the recipient,

name deze bezorgdheid die het Europees Parlement om strenge wetgeving over ongerelateerde donoren deed verzoeken.²⁰³⁴ Ook de WHO stelt vanuit deze bezorgdheid dat levende donoren in het algemeen genetisch, juridisch of emotioneel verwant met de ontvanger behoren te zijn.²⁰³⁵

Om orgaanhandel te vermijden werd in Frankrijk zelfs het bestaan van een genetische of emotionele band als wettelijke voorwaarde voor orgaanwegname bij leven ingevoerd.²⁰³⁶ Daarbij is een orgaandonatie door een levende donor er in principe slechts mogelijk indien de ontvanger een kind van de donor is.²⁰³⁷ Mits goedkeuring door een multidisciplinair comité van experts²⁰³⁸ kan de donatie ook geschieden ten aanzien van de echtgeno(o)t(e), broers/zussen, zonen/dochters, de grootouders, ooms en tantes, (volle) neven en nichten, de echtgeno(o)t(e) van een ouder, alsook ieder persoon waarmee men een aantoonbaar gemeenschappelijk leven van minstens 2 jaar onderhoudt of (sinds 2011) ieder persoon waarmee men een aantoonbare, hechte en stabiele affectiviteitsband van minstens 2 jaar onderhoudt.²⁰³⁹ Over de goedkeuringen van de multidisciplinaire comités moet de regering elke vier jaar een verslag uitbrengen.²⁰⁴⁰ Door als dusdanig een wettelijk verbod op ongerelateerde donoren te hanteren, heeft de Franse wetgever in feite geoordeeld dat het risico op orgaanhandel te ernstig is om op te wegen tegen de therapeutische voordelen van orgaantransplantatie met behulp van ongerelateerde donoren. Dient de Belgische wetgever dit voorbeeld te volgen, of is de huidige regeling opgewassen tegen het risico op orgaanhandel? In wat volgt, zal stapsgewijs een antwoord op deze vraag worden gezocht.

419. Allereerst mag het probleem van orgaanverkoop door Europese burgers niet overschat worden aangezien er blijkbaar geen cijfers voorhanden zijn die wijzen op een omvangrijke (West-)Europese orgaanhandel.²⁰⁴¹ Dit neemt uiteraard niet weg dat (het risico op) orgaanhandel wel kan bestaan. Zo is er de *Crockett*-zaak, waarbij in de jaren '80 onvermogen Turkse naar Engeland werden gebracht en er hun nier verkochten aan een arts ten behoeve van een ongerelateerde ontvanger.²⁰⁴² Bovendien zijn op Europese internetsites verschillende

www.edqm.eu, die haar lidstaten vrijlaat om donatie zonder emotionele band al dan niet toe te laten, maar wel eist dat de nodige maatregelen tegen orgaanhandel worden getroffen.

²⁰³⁴ Resolutie van het Europees Parlement van 22 april 2008 over orgaandonatie en –transplantatie: beleidsmaatregelen op EU-niveau (2007/2210(INI)), *Pb. C.* 29 oktober 2009, afl. 259, 5. Zie daarvoor ook al: Aanbeveling 1611 (2003) van de Parlementaire vergadering van de Raad van Europa over mensenhandel in Europa, <http://www.coe.int>, nrs. 8, 9 en iv.a.

²⁰³⁵ Preambule en commentaar bij Guiding Principle 3, WHO Guiding Principles on Human Cell, Tissue and Organ Transplantation (2010), <http://www.who.int>. Vgl. met Guiding Principle 3, WHO Guiding Principles on Human Organ Transplantation (1991) in Resolutie WHA44.25 on Human organ transplantation, 44th World Health Assembly, 13 mei 1991, <http://www.who.int>, waar toen enkel genetisch verwante levende donoren gepast werden geacht.

²⁰³⁶ F. PONCHON, *Les prélèvements d'organes et de tissus humains*, Parijs, Berger-Levrault, 1997, 37; A. CLAEYS en C. HURIET, *Rapport sur l'application de la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, Parijs, Assemblée Nationale, 1999, 31; N. NEFUSSEY-LEROY, *Organes humains*, 1999, 109, nr. 184; J.-R. BINET, o.c. in J. BECQUE (ed.), *Juris Classeur: droit civil*, 2012, currens, art. 16 à 16-14: fasc. 5, nr. 88.

²⁰³⁷ Art. L1231-1, al. 1 Code de la santé publique.

²⁰³⁸ Indien de rechter dit nodig acht, kan ook de donatie door een ouder aan diens kind onderworpen worden aan een controle door dit multidisciplinair expertencomité (art. L1231-1, al. 6 Code de la santé publique).

²⁰³⁹ Art. L1231-1, al. 2 en al. 5 en art. R1231-8 en -9 Code de la santé publique. Hieronder verstaat men ook vrienden: J.-R. BINET, o.c. in J. BECQUE (ed.), *Juris Classeur: droit civil*, 2012, currens, art. 16 à 16-14: fasc. 5, nr. 84.

²⁰⁴⁰ Art. L1231-1, al. 8 Code de la santé publique.

²⁰⁴¹ CPME Statement concerning the Communication from the European Commission "Organ Donation and Transplantation: Policy Actions at EU Level" (COM(2007) 275 final), www.cpme.eu, 3, waar het daarentegen wel aannemelijker wordt geacht dat ontvangers buiten de EU profiteren van orgaanhandel, m.a.w. als kopers van organen; Commission staff working document - Impact Assessment, SEC(2008) 2956, <http://eur-lex.europa.eu>, 18.

²⁰⁴² J. MCHALE, "The legal regulation of human material" in A. GRUBB, J. LAING en J. MCHALE (eds.), *Principles of medical law*, Oxford, Oxford University Press, 2010 (3^{de} ed.), (1011) 1012 en 1031; P. DYER en S. MCGUINNESS, "The allocation of organs: the need for fairness and transparency" in A.-M. FARRELL, D. PRICE en M. QUIGLEY (eds.), *Organ shortage: ethics, law, and pragmatism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, (122) 128. Deze zaak leidde tot de inmiddels opgeheven Human Organ Transplants Act 1989, die met sec. 2 (3) genetisch niet-gerelateerde donoren verbood.

aanbiedingen tot verkoop van een nier te vinden.²⁰⁴³ Ook is het aannemelijk dat dit risico veel groter is bij gebrek aan relatie met de ontvanger dan bij gerelateerde donatie.²⁰⁴⁴

Het bestaan van een risico rechtvaardigt op zichzelf echter nog niet een absoluut verbod op de risicovolle activiteit. Zoals A. Spital terecht stelt: “(...) *many of our privileges (eg driving) can be and are abused (eg drunk driving). (...) the appropriate response is to limit the abuses, not to eliminate the privileges*”.²⁰⁴⁵ Gelet op de kans op aanzienlijke therapeutische baten van ongerelateerde donoren voor kandidaat-ontvangers moet veeleer gestreefd worden naar een meer genuanceerde manier om het altruïsme en de non-commercialiteit te waarborgen dan een absoluut verbod op ongerelateerde donoren.²⁰⁴⁶ De vraag is dan welke maatregelen werden of kunnen worden getroffen om het risico op winstoogmerk bij niet-gerelateerde donoren te beperken. Twee hypothesen moeten hierbij worden onderscheiden.

2. Hypothesen

a. Eerste hypothese: anonimiteit is mogelijk

420. Vanuit juridisch oogpunt is de meest voor de hand liggende maatregel tegen orgaanhandel door niet-gerelateerde donoren de strafbaarstelling van orgaanhandel op zich. In België is dit gebeurd door artikel 4 *juncto* 17, § 3, lid, 1 Orgaantransplantatiewet.²⁰⁴⁷ Via dergelijke strafrechtelijke beteugeling kunnen ongerelateerde donoren (en artsen) met winstoogmerk afgeschrikt worden en kan dergelijke praktijk beperkt worden.²⁰⁴⁸

Toch biedt de loutere strafbaarstelling van orgaanhandel op zich geen absolute waarborg voor non-commercialiteit. Commerciële praktijken zijn immers gemakkelijk te verbergen (bv. gewoon verzwijgen tegen zorgverleners *et al.*).²⁰⁴⁹ Strafbepalingen zullen dan weinig effectief zijn.²⁰⁵⁰

421. Een efficiëntere maatregel om orgaanhandel door ongerelateerde donoren te beperken, is het verplichten tot anonimiteit tussen donor en ontvanger. Indien langs de zijde van de donor niet geweten is aan welke ontvanger het donororgaan wordt toebedeeld, kunnen zij de ontvanger in principe niet lokaliseren en kan van hem überhaupt geen non-altruïstisch voordeel worden geëist. Indien dergelijke anonimiteit in stand wordt gehouden, heeft men bijgevolg weinig reden om nog verder aan de altruïstische ingesteldheid van de niet-gerelateerde donor te twijfelen.²⁰⁵¹

In België werd een anonimiteitsverplichting opgelegd door artikel 4*bis* Orgaantransplantatiewet. Hierdoor mag de identiteit van donor en ontvanger niet aan elkaar

²⁰⁴³ *Vr. en Antw.* Senaat 2008-09, 6 mei 2009, Vr. nrs. 4-3423 en 4-3424 H. VANDENBERGHE, waar men vooralsnog geen weet had van aanbiedingen op Belgische websites.

²⁰⁴⁴ A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, 1999, 116.

²⁰⁴⁵ A.L. SPITAL, *o.c.*, *Transpl. Proc.* 1992, vol. 24, (2215) 2216.

²⁰⁴⁶ In dezelfde zin: D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 326.

²⁰⁴⁷ Zie uitgebreid *supra* Deel III, Hoofdstuk I, Afd. 2, § 1, A.

²⁰⁴⁸ M. EVANS, *o.c.*, *J. Med. Ethics* 1989, vol. 15, (17) 19; L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 91.

²⁰⁴⁹ J.E.M. AKVELD, “Het Voorstel van wet op de Orgaandonatie gewogen”, *TvGR* 1992, (62) 66.

²⁰⁵⁰ GEZONDHEIDSRaad, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 115.

²⁰⁵¹ A. CLAEYS en C. HURIET, *Rapport sur l'application de la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994*, 1999, 31-32; J. HOYER, *o.c.* in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2008, (232) 233 en 234; L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 91 en 176-177. Zie ook: A.J.Z. HENDERSON *et al.*, *o.c.*, *Am. J. Transpl.* 2003, vol. 3, (203) 204 en 208; F.J.M.F. DOR *et al.*, *o.c.*, *Transplantation* 2011, vol. 91, (935) 937 en *supra* Deel III, Hoofdstuk I, Afd. 2, § 3, A. Vgl. ook: Art. L1231-1, § 3 Code de la santé publique, waar een uitzondering op het verbod van donatie zonder affectieve band wordt gemaakt voor *cross-over* donatie op voorwaarde dat onder meer de anonimiteit tussen donor en ontvanger wordt gerespecteerd.

worden bekendgemaakt, indien deze elkaar vooraf niet kennen.²⁰⁵² Indien een niet-gerelateerde donor zich aanmeldt om te doneren aan een onbekende ontvanger op de wachtlijst (al dan niet in een *NEAD exchange*- of *list paired exchange*-programma) via Eurotransplant, rijst er in principe dus geen probleem wat betreft het altruïstisch karakter van deze donor.

b. Tweede hypothese: anonimiteit is niet meer mogelijk

422. De keerzijde van de voorgaande redenering zou zijn dat ongerelateerde donatie waarbij de anonimiteit ontbreekt, verboden moet zijn.²⁰⁵³ Weliswaar verbiedt de anonimiteitsverplichting uit artikel 4*bis* Orgaantransplantatiewet niet dat orgaanwegneming bij leven kan plaatsvinden tussen een ongerelateerde donor en een ontvanger die elkaar vooraf kennen. Twee soorten van niet-anonieme niet-gerelateerde donoren kunnen worden onderscheiden.

Enerzijds kan het zijn dat een patiënt zelf actief op zoek gaat naar een bereidwillige levende donor en deze met het oog op orgaandonatie leert kennen om vervolgens samen naar het transplantatiecentrum te stappen. Omgekeerd kan ook de kandidaat-donor actief op zoek gaan naar een patiënt die nood heeft aan een orgaan. Dergelijke praktijk noemt men *solicited donation* en wordt vooral gerapporteerd in de VSA.²⁰⁵⁴ Een bekende casus betreft de Texaanse patiënt die een reclamebord huurde om zo zijn vraag naar een donor bekend te maken.²⁰⁵⁵ Het kan ook om meer bescheiden advertenties in de krant gaan. In de huidige informaticamaatschappij is niettemin de meest evidente weg het internet. De grote hoeveelheid internetfora, chatrooms en sociale netwerksites (m.n. Facebook) maakt donorsollicitatie praktisch vrij eenvoudig.²⁰⁵⁶ In de VSA kan zelfs gebruik gemaakt worden van enkele gespecialiseerde websites, zoals *Matchingdonors.com* of *Livingdonorsonline.org*. In België berichtten de media recent over R. Mariën, een nierpatiënt die via Facebook 8 geschikte, niet-gerelateerde kandidaat-nierdonoren vond.²⁰⁵⁷ Uiteraard bestaat bij dergelijke *solicited donation* het risico op verdoken orgaanhandel. Wegens dit moeilijk te controleren risico zijn ‘gesolliciteerde’ donoren vaak iets waarmee de transplantatiecentra in de VSA niets te maken willen hebben.²⁰⁵⁸ Ook het UZ Leuven weigerde reeds wegens o.a. de mogelijkheid tot commercialisering om over te gaan tot transplantatie in de zaak Mariën.²⁰⁵⁹ De minister van Volksgezondheid achtte het eveneens onwenselijk dat mensen zelf op zoek gaan naar donoren met alle gevaren van dien en zo misschien zelfs in malafide handen terechtkomen.²⁰⁶⁰

²⁰⁵² Zie uitgebreider *supra* Deel III, Hoofdstuk I, Afd. 2, § 3.

²⁰⁵³ In die zin: A.J.Z. HENDERSON *et al.*, *o.c.*, *Am. J. Transpl.* 2003, vol. 3, (203) 208.

²⁰⁵⁴ J.T. EBERL en P.R. HELFT, *o.c.* in M.-J. THIEL (ed.), *Donner, recevoir un organe*, 2009, (31) 38.

²⁰⁵⁵ J.M. APPEL, *o.c.*, *Hastings Center Report* 2005, (14) 14.

²⁰⁵⁶ Zie bv. A. CHANG *et al.*, “Identifying potential kidney donors using social networking web sites”, *Clin. Transplant* 2013, E320-E326, waar bleek dat Facebook in de VS al in die zin wordt gebruikt, en een zeer klein percentage van de gebruikers donatie aanboden in ruil voor geld.

²⁰⁵⁷ “Nierpatiënt vindt acht donoren via sociale media”, *De Standaard* 19 maart 2015, 15; “Artsen weigeren acht vrijwillig aangeboden Facebooknieren”, 18 maart 2015, www.hln.be; “Doodzieke man vindt 8 donornieren via Facebook, maar Leuvense arts weigert operatie wegens ‘onethisch’”, 19 maart 2015, www.gva.be. Zie ook: Samengevoegde vragen van mevr. Karin Jiroflée over “de ethische bezwaren bij orgaandonatie” (nr. 3240) en van mevr. Valerie Van Peel over “de wachtlijsten voor een donororgaan” (nr. 3324), *Hand. Kamer* 2014-15, CRIV 54 COM 158, 15, waar blijkt dat dergelijke privéacties wel vaker voorkomen in België.

²⁰⁵⁸ A.L. FRIEDMAN *et al.*, “Patient Access to Transplantation With an Internet-Identified Live Kidney Donor: A Survey of U.S. Centers”, *Transplantation* 2008, vol. 85, (794) 797. In het Verenigd Koninkrijk lijkt dergelijke internetsollicitatie ook voor te komen: Human Tissue Authority Code of practice 2: donation of solid organs for transplantation (2014), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, nr. 29.

²⁰⁵⁹ “Nierpatiënt vindt acht donoren via sociale media”, *De Standaard* 19 maart 2015, 15; “Artsen weigeren acht vrijwillig aangeboden Facebooknieren”, 18 maart 2015, www.hln.be; “Doodzieke man vindt 8 donornieren via Facebook, maar Leuvense arts weigert operatie wegens ‘onethisch’”, 19 maart 2015, www.gva.be.

²⁰⁶⁰ Samengevoegde vragen van mevr. Karin Jiroflée over “de ethische bezwaren bij orgaandonatie” (nr. 3240) en van mevr. Valerie Van Peel over “de wachtlijsten voor een donororgaan” (nr. 3324), *Hand. Kamer* 2014-15, CRIV 54 COM 158, 15-16. Zie ook: *Vr. en*

Anderzijds kan het gaan om een ongerelateerde donor die de ontvanger vooraf kent, terwijl de ontvanger deze donor niet vooraf kent. Het betreft voornamelijk de orgaandonatie aan mediafiguren.²⁰⁶¹ Toen bv. via Facebook bekend raakte dat Léa, een baby van 3 maanden uit Brussel, nood had aan een levertransplantatie, boden enkele onbekende mensen zich spontaan bij het ziekenhuis aan als donor, zonder dat de ouders naar deze donoren ‘gesolliciteerd’ hadden.²⁰⁶² Uiteraard kan ook gedacht worden aan de fan die zich bij het transplantatiecentrum aanmeldt om een orgaan te donoren aan een bekende zanger en dergelijke. Hoewel het transplantatiecentrum de identiteit van de ongerelateerde donor wel ten aanzien van de ‘beroemde ontvanger’ moet verzwijgen, zal het doorgaans toch niet moeilijk zijn voor deze donor om zich kenbaar te maken en de anonimiteit te doorbreken. Ook hier zou er dus een risico op (het vorderen van) een financiële tegenprestatie kunnen bestaan. Volgens de Nederlandse Gezondheidsraad is dit risico zelfs zo groot dat deze vorm van donatie niet kan worden toegelaten.²⁰⁶³

423. Vereist het waarborgen van het altruïstisch karakter van orgaandonatie werkelijk een wettelijk verbod op de voorgaande vormen van niet-anonieme donatie? Hierop moet m.i. negatief worden geantwoord.²⁰⁶⁴ Men mag zich niet blindstaren op het risico op winstbejag. Gelet op het orgaantekort en de baten van orgaantransplantatie komt het er eveneens op aan om zoveel mogelijk altruïstische donoren in te schakelen. Bij donorsollicitatie is het niet uitgesloten dat er enige emotionele band tussen donor en ontvanger ontstaat²⁰⁶⁵ en/of dat de donor wel degelijk een altruïstische motivatie heeft. Ook bij donatie aan mediafiguren is het niet uitgesloten dat de donor zich vanuit altruïstische overwegingen (bv. bewondering of medelijden voor de ontvanger) aanmeldt. Toelaten om geval per geval het altruïstisch karakter te onderzoeken, dient beter de belangen van donor en ontvanger.²⁰⁶⁶ Voor de ontvanger worden zo meer kansen op genezing geboden. Voor de donor kan zijn zelfbepalingsrecht geëerbiedigd worden. Ook de naasten van de ontvanger kunnen hier een voordeel uit ondervinden, aangezien zij desgevallend niet langer onder druk zullen staan om zelf te doneren.²⁰⁶⁷

424. De voorgestelde *in concreto*-benadering zal in tegenstelling tot een *in abstracto*-verbod niet geheel zonder het risico op orgaanhandel zijn. Zoals al aangestipt, zal een winstoogmerk vaak moeilijk te detecteren zijn.²⁰⁶⁸ Daarom is het noodzakelijk dat er een zeer zorgvuldige en

Antw. Kamer 2014-15, 31 maart 2015, p. 36 (Vr. nr. 191 DEMON), waar werd gesteld dat er onder dergelijke omstandigheden terecht angst leeft voor commerciële praktijken; Vraag van de heer Philippe Blanchart aan de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid over “de begeleiding van personen die op een transplantatie wachten” (nr. 4135), *Hand.* Kamer 2014-15, CRIV 54 COM 187, 8-9, waar een commissielid in verband hiermee het belang van psychologische begeleiding van kandidaat-ontvangers onderstreepte.

²⁰⁶¹ L.F. ROSS, o.c., *J. L. Med. & Ethics* 2002, vol. 30, (440) 440; GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 138-139.

²⁰⁶² “Mama van Léa kan stukje lever afstaan”, *Het Laatste Nieuws* 2 februari 2013.

²⁰⁶³ GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 138, waar eveneens wordt gevreesd dat dergelijke donatie berust op een impulsbeslissing.

²⁰⁶⁴ Zie ook: L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 176-177 en 192; ACOT Recommendation 46, www.organdonor.gov (advies tot toelating mits specifieke praktijkrichtlijnen met voldoende waarborgen bestaan); Aanbeveling xii in Resolution CM/Res(2013)56 on the development and optimisation of live kidney donation programmes, <http://www.coe.int> (toelating mits adequaat juridisch en administratief raamwerk).

²⁰⁶⁵ J.M. APPEL, “Organ Solicitation on the Internet: Every Man for Himself. Commentary”, *Hastings Center Report* 2005, (14) 14.

²⁰⁶⁶ Vgl. ook: K.A. BRAMSTEDT en S. KATZNELSON, “Being Sherlock Holmes: the Internet as a tool for assessing live organ donors”, *Clin. Transplant* 2009, vol. 23, (157) 159; A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, 1999, 119.

²⁰⁶⁷ M. EVANS, o.c., *J. Med. Ethics* 1989, vol. 15, (17) 19.

²⁰⁶⁸ Zie ook: J.W. SALOMA, “My Mommy’s Kidneys are Sick and She is Dying! Why Internet Solicitation for Transplantation is Unethical” in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2008, (275) 278.

alerte psychosociale evaluatie wordt uitgevoerd.²⁰⁶⁹ De Orgaantransplantatiewet vereist dit reeds. Zo kan bij niet-anonieme ongerelateerde donoren niet meer *prima facie* gesproken van een ‘niet te betwijfelen’ altruïstisch oogmerk zoals bedoeld in artikel 9, lid 3 Orgaantransplantatiewet. Er is dan een nauwgezetere controle van de motivatie van de niet-gerelateerde donor nodig om redelijke twijfel over een gebrek aan altruïsme weg te nemen.²⁰⁷⁰ Er bestaat dus een beoordelingsmarge.

Bij de beoordeling moet rekening worden gehouden met het geheel van feiten zoals o.a. eerdere altruïstische daden (bv. bloeddonoratie, registratie als stamceldonor, maatschappelijk werk) of de financiële positie van de donor (bv. welvarend, dus geen nood aan betaling).²⁰⁷¹ In geval van internetsollicitatie ligt het raadplegen van de betreffende netwerksite voor de hand.²⁰⁷² Het laten ondertekenen van een verklaring van altruïsme door de donor, zoals in Engeland, kan helpen verzekeren dat hij het commercialiteitsverbod kent en begrijpt.²⁰⁷³ Maar zo’n verklaring volstaat op zich uiteraard nog niet om ook daadwerkelijk het altruïstisch oogmerk van de donor te bewijzen.²⁰⁷⁴

Een onzorgvuldige evaluatie kan leiden tot strafrechtelijke aansprakelijkheid van de wegnemende arts (art. 9, lid 3 *juncto* art. 17, § 3, lid 1 Orgaantransplantatiewet). Dit aansprakelijkheidsrisico zal tot een omzichtige houding in de praktijk leiden, wat ook wenselijk is wegens het reële commercialiteitsrisico. Daarentegen kan een zorgvuldige psychosociale screening die redelijkerwijze tot een ‘niet te betwijfelen altruïstisch oogmerk’ doet besluiten, leiden tot de rechtsgeldige aanvaarding van de niet-gerelateerde donatie.

D. Derde bezorgdheid: cross-over donatie

425. *Cross-over* donatie betreft een bijzonder geval van niet-gerelateerde donatie. Daarom wordt het altruïstisch karakter ervan hier afzonderlijk besproken. Met name drie aspecten vereisen nadere overweging: de gelijkwaardigheid van deze donorruil (*infra* 1), de anonimiteit tussen de koppels (*infra* 2) en het niet-gerelateerd karakter van de donatie (*infra* 3).

1. Gelijkwaardigheid van de donorruil

426. Er moet worden vastgesteld dat *cross-over* transplantatie een ruiltransactie behelst, wat in de ogen van sommigen misschien een commerciële ondertoon kan bevatten.²⁰⁷⁵ Deze ruil

²⁰⁶⁹ P.L. ADAMS *et al.*, *o.c.*, *Transplantation* 2002, vol. 74, (582) 587; L. WRIGHT *et al.*, *o.c.* in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J.V. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2011, (407) 414; GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 139 en 140 (enkel m.b.t. donorsollicitatie); Commentaar bij Guiding Principle 3, WHO Guiding Principles on Human Cell, Tissue and Organ Transplantation (2010), <http://www.who.int>. Zie ook: Art. 10 Transplantatieprotocol EVRM-Bio en memorie van toelichting Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 64 (toelating vereist door een onafhankelijk en geschikt orgaan, zoals bv. een ethisch comité); M.F. ANDERSON, *o.c.*, *Health Matrix* 1995, vol. 5, (249) 286.

²⁰⁷⁰ Art. 9, lid 1 en art. 8bis Orgaantransplantatiewet. Vgl. ook: WMA Statement on Organ and Tissue Donation (S-2012-04-2012), p. 6: “In order to avoid donors being paid and then posing as a known donor, independent checks should also be undertaken to verify the claimed relationship (...)”.

²⁰⁷¹ M. WRIGHT *et al.*, “Living Anonymous Liver Donation: Case Report and Ethical Justification”, *Am. J. Transpl.* 2007, vol. 7, (1032) 1033; S.G. JOWSEY en T.D. SCHNEEKLOTH, *o.c.*, *Transplantation Reviews* 2008, vol. 22, (192) 194; M.A. DEW *et al.*, *o.c.* in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2008, (208) 212; J.M. WILMINK, *o.c.* in H.B.M. VAN WEZEL, M. SLOOFF en H. VAN GOOR (eds.), *Orgaandonatie*, 1998, (22) 31.

²⁰⁷² K.A. BRAMSTEDT en S. KATZNELSON, *o.c.*, *Clin. Transplant* 2009, vol. 23, (157) 159.

²⁰⁷³ HTA, “Guidance for living organ donors on the Human Tissue Authority’s independent assessment process” (2012), www.hta.gov.uk, 5 en 7. Zie ook: M.A. DEW *et al.*, *o.c.* in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2008, (208) 213 en M.F. ANDERSON, *o.c.*, *Health Matrix* 1995, vol. 5, (249) 286.

²⁰⁷⁴ D.W. HANTO, “Ethical Challenges Posed by the Solicitation of Deceased and Living Organ Donors”, *N. Eng. J. Med.* 2007, (1062) 1065.

²⁰⁷⁵ Zie: A. HUMAR *et al.*, *o.c.* in R.W.G. GRUESSNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, 2008, (468) 474.

kan echter niet zomaar worden gekwalificeerd als een betaling in de zin van artikel 4, § 1, lid 1 Orgaantransplantatiewet aangezien er geen (geldelijk) voordeel aan te pas komt.²⁰⁷⁶ Het gaat normaal slechts om een uitwisseling van organen.²⁰⁷⁷ Er zal dan geen gevaar op uitbuiting van minder gegoede donoren bestaan.²⁰⁷⁸ Uit artikel 10/24 KB Transplantatiecentra kan overigens ook worden afgeleid dat *cross-over* donatie inderdaad geoorloofd kan zijn. Zelfs de strenge Franse wet maakt voor *cross-over* donatie (*don croisé d'organes*) een uitzondering op haar verbod op ongerelateerde donatie, bij wijze van bijkomende maatregel om het orgaantekort te bestrijden.²⁰⁷⁹ Ook in de VS werd expliciet bepaald dat *cross-over* donatie niet leidt tot *valuable consideration*.²⁰⁸⁰

Het is evenwel van belang dat het koppelen van de donor- en ontvangerparen gebeurt door een onafhankelijke instelling op basis van een orgaanmatch die voor beide koppels daadwerkelijk gelijkwaardig is. Anders zouden er tussen de koppels toch economische krachten kunnen beginnen spelen.²⁰⁸¹ Het ene koppel zou meer bepaald kunnen aanbieden om de ongelijkwaardigheid in orgaankwaliteit (bv. de ene donor is veel ouder) of in donorrisico (bv. de ene donor doneert een lever, terwijl de andere 'slechts' een nier doneert) te compenseren met een betaling bovenop de eigen donatie.

2. Anonimiteit tussen de koppels

427. Indien er sprake is van een gelijkwaardige donorruil, dan is het risico op winstbejag klein, maar nog steeds niet geheel uitgesloten. Zou zo het ene koppel met een betalingsvoorstel het andere koppel kunnen overtuigen om te participeren aan een *cross-over* transplantatie. Vooral bij de zgn. 'ongebalanceerde' *cross-over* transplantatie zou dit risico bestaan, aangezien het ene koppel per definitie geen compatibiliteitsprobleem heeft en dus geen duidelijke stimulans om in het *cross-over* programma te stappen.

Zoals al gezegd, is anonimiteit een zeer efficiënte maatregel om dergelijke financiële afspraken te vermijden. Een anonimiteitswaarborg is te vinden in artikel 4bis Orgaantransplantatiewet. Deze bepaling is ook op *cross-over* transplantatie van toepassing. Dat wil zeggen dat het personeel van het transplantatiecentrum de identiteit van de koppels ten aanzien van elkaar niet mag medelen, indien ze elkaar vooraf nog niet kenden.²⁰⁸² Artikel 4bis Orgaantransplantatiewet verhindert echter niet dat een *cross-over* transplantatie wordt uitgevoerd tussen koppels die elkaar vooraf al wel kennen. Zo werd de eerste gerapporteerde

²⁰⁷⁶ Cf. *supra* Deel III, Hoofdstuk I, Afd. 2, § 1, A.1.b. Zie ook: M. ABECASSIS *et al.*, *o.c.*, *JAMA* 2000, vol. 284, (2919) 2923; Explanatory report CM(2013)79 bij Europees Verdrag Orgaanhandel, <http://www.coe.int>, nr. 40.

²⁰⁷⁷ M.T. MORLEY, *o.c.*, *Yale L. & Pol'y Rev.* 2003, (221) 258; L.W. KRANENBURG *et al.*, *o.c.*, *Transplantation* 2004, vol. 78, nr. 2, (194) 195.

²⁰⁷⁸ M.T. MORLEY, *o.c.*, *Yale L. & Pol'y Rev.* 2003, (221) 255; L.F. ROSS, *o.c.* in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2008, (183) 184-185.

²⁰⁷⁹ Art. L1231-1, al. 3 Code de la santé publique, waar nog wel wordt vereist dat er tussen de donor en de ontvanger van hetzelfde koppel een bij wet bepaalde relatie bestaat. Zie ook: Rapport M.J. LEONETTI, n° 3111, 26 januari 2011, Projet de loi relatif à la bioéthique, <http://www.assemblee-nationale.fr>, 23 en 295.

²⁰⁸⁰ 42 U.S.C. 274e (a) en (c)(4). Zie ook: K. HEALY en K.D. KRAWIEC, "Custom, Contract, and Kidney Exchange", *Duke L.J.* 2012, (645) 661, die overeenkomstig de *ratio legis* van de wetgeving menen dat ook *NEAD exchanges* geen *valuable consideration* zijn.

²⁰⁸¹ M. DE KLERK *et al.*, *o.c.*, *Ned. T. Gen.* 2004, (420) 423; M. DE KLERK *et al.*, "The Dutch National Living Donor Kidney Exchange Program", *Am. J. Transpl.* 2005, vol. 5, (2302) 2303; M.L. VOLK, "Organ Quality as a Complicating Factor in Proposed Systems of Inducements for Organ Donation", *Law & Contemp. Probs.* 2014, (337) 342-343.

²⁰⁸² Ook in Frankrijk geldt voor *cross-over* transplantatie het anonimiteitsprincipe. Dit wil zeggen dat donor en ontvanger elkaar niet mogen kennen, behalve in geval van therapeutische noodzaak (art. L.1211-5 *juncto* art. L.1231-1 en R.1231-10 CSP).

cross-over transplantatie in België uitgevoerd met twee koppels die elkaar voorheen hadden leren kennen op de dialyse-afdeling van het universitair ziekenhuis.²⁰⁸³

428. Zelfs indien de koppels elkaar vooraf niet kennen en het transplantatiecentrum de identiteiten niet meedeelt, dan nog zouden de koppels gedurende de ziekenhuisopname met elkaar in contact kunnen komen. Om alsnog de anonimiteit te bewaren, werd voorgesteld dat de operaties bij *cross-over* transplantatie in vier verschillende operatiekwartieren moeten plaatsvinden.²⁰⁸⁴ Weliswaar kan betwijfeld worden of dan wel werkelijk ieder contact tussen de koppels vermeden kan worden.²⁰⁸⁵ Om de anonimiteit werkelijk te garanderen, zou men in feite de koppels moeten opereren in twee verschillende ziekenhuizen.²⁰⁸⁶

Het nadeel bij een procedure in twee verschillende ziekenhuizen is echter dat de logistieke coördinatie complexer zal zijn.²⁰⁸⁷ Bovendien moet het orgaan dan worden getransporteerd, wat een langere ischemie en dus een risico op lagere orgaankwaliteit meebrengt.²⁰⁸⁸ Men kan dit transport vermijden door de donor van het ene koppel telkens samen te brengen in hetzelfde ziekenhuis als de ontvanger van het andere koppel. Dit garandeert de anonimiteit echter minder sterk. Bovendien kan dit tot logistieke en psychologische ongemakken leiden voor degene die zich moet verplaatsen en die zo wordt afgescheiden van zijn partner.²⁰⁸⁹

Op basis van artikel 4*bis* Orgaantransplantatiewet kan m.i. niet worden geëist van de artsen in de transplantatiecentra dat zij een *cross-over* transplantatie altijd in verschillende ziekenhuizen laten plaatsvinden.²⁰⁹⁰ Artikel 4*bis* Orgaantransplantatiewet verbiedt immers enkel het ‘meedelen’ van donor- en ontvangeridentiteit. Aangezien het een strafrechtelijk gesanctioneerde bepaling betreft, moeten haar termen veeleer letterlijk/restrictief worden geïnterpreteerd. Iets ‘meedelen’ vereist een opzettelijke kennisoverdracht. Een louter gebrek aan maatregelen opdat de koppels elkaar in het ziekenhuis zeker niet zouden kunnen treffen, is m.i. nog geen mededeling in de zin van artikel 4*bis* Orgaantransplantatiewet. Ook al is de voornaamste doelstelling van artikel 4*bis* Orgaantransplantatiewet het vermijden van financiële afspraken, dit wil echter nog niet zeggen dat de artsen er werkelijk alles aan moeten doen om de anonimiteit tussen donor en ontvanger in stand te houden en dat ze strafrechtelijk aansprakelijk zijn zodra de donor en ontvanger elkaar ontmoeten in het transplantatiecentrum.

Wel moeten de artsen, in lijn met de *ratio* van artikel 4*bis* Orgaantransplantatiewet, zoals een normaal, zorgvuldig arts, geplaatst in dezelfde omstandigheden, een afweging maken tussen de kosten en de baten van eventuele anonimiteitsmaatregelen. Enerzijds mogen hierbij de nadelen van een procedure in twee verschillende ziekenhuizen niet overschat worden. Onderzoek wijst uit dat transport van nieren bij een *cross-over* procedure veilig kan verlopen mits goede coördinatie en dat dit onder een transporttijd van 8 uren het kwaliteitsvoordeel eigen

²⁰⁸³ “Koppels wisselen nieren uit”, *De Morgen* 16 april 2013, 2.

²⁰⁸⁴ J.-R. BINET, o.c. in J. BECQUE (ed.), *Juris Classeur: droit civil*, 2012, currens, art. 16 à 16-14: fasc. 5, nr. 91 en nr. 92.

²⁰⁸⁵ Vgl. G. THIEL *et al.*, o.c., *Transpl. Proc.* 2001, vol. 33, (811) 812.

²⁰⁸⁶ M. DE KLERK *et al.*, o.c., *Ned. T. Gen.* 2004, (420) 422; M. DE KLERK *et al.*, o.c., *Am. J. Transpl.* 2005, vol. 5, (2302) 2304.

²⁰⁸⁷ G. THIEL *et al.*, o.c., *Transpl. Proc.* 2001, vol. 33, (811) 813; M. DE KLERK *et al.*, o.c., *Ned. T. Gen.* 2004, (420) 422; M.L. MELCHER *et al.*, “Dynamic Challenges Inhibiting Optimal Adoption of Kidney Paired Donation: Findings of a Consensus Conference”, *Am. J. Transpl.* 2013, vol. 13, (851) 855.

²⁰⁸⁸ M.L. MELCHER *et al.*, o.c., *Am. J. Transpl.* 2013, vol. 13, (851) 855; M. ABECASSIS *et al.*, o.c., *JAMA* 2000, vol. 284, (2919) 2923; COUNCIL OF EUROPE, *Guide to safety and quality assurance for organs, tissues and cells*, Straatsburg, Council of Europe Publishing, 2004 (2^{de} ed.), 41.

²⁰⁸⁹ D.L. SEGEV *et al.*, “Transporting Live Donor Kidneys for Kidney Paired Donation: Initial National Results”, *Am. J. Transpl.* 2011, vol. 11, 356-360; GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 129-130.

²⁰⁹⁰ In dezelfde zin: M.T. MORLEY, o.c., *Yale L. & Pol’y Rev.* 2003, (221) 240-241.

aan het gebruik van een levende donor niet teniet doet.²⁰⁹¹ Met de moderne audiovisuele communicatiemiddelen is de coördinatie tussen de twee transplantatiecentra bovendien geen onoverkomelijk obstakel. Dit alles kan geregeld worden in het schriftelijk samenwerkingsakkoord, dat de centra in geval van samenwerking bij *cross-over* donatie en transplantatie moeten sluiten.²⁰⁹² Anderzijds zal het risico (op orgaanhandel) niet in elke casus groot genoeg zijn om de logistieke uitdaging van een *cross-over* transplantatie in twee verschillende ziekenhuizen aan te gaan.

3. Niet-gerelateerde karakter van *cross-over* donatie

429. Altruïsme vereist niet enkel een gebrek aan winstoogmerk, maar meer algemeen dat de donor de belangen van de ontvanger beoogt te behartigen.²⁰⁹³ De meeste auteurs zien hier geen graten in wat betreft de *cross-over* donatie. Zo luidt het dat de *cross-over* donatie steunt op een emotionele band met de ontvanger van het eigen koppel en de donor dus het welzijn van zijn partner voor ogen heeft, zodat er in wezen geen verschil is met een rechtstreekse transplantatie met gerelateerde donor.²⁰⁹⁴

Dergelijke stelling is echter onvoldoende genuanceerd. De donor beoogt inderdaad het welzijn van *een* ontvanger, maar niet noodzakelijk het welzijn van de ontvanger die *zijn* orgaan ontvangt. Ten aanzien van deze laatste ontvanger zal de donor ongerelateerd zijn.²⁰⁹⁵ Zowel met, als zonder anonimiteit bestaat het risico dat de donor bepaalde gezondheidsrisico's verzwijgt, want dit benadeelt op zich de gezondheid van zijn partner niet. Dat de donor geen financieel voordeel verkrijgt, is geen toereikend argument om te stellen dat er juridisch geen probleem bestaat wat betreft het altruïstisch oogmerk.

Cross-over donatie gebeurt *prima facie* aldus niet met een 'niet te betwijfelen' altruïstisch oogmerk,²⁰⁹⁶ zodat ook hier een alerte psychosociale evaluatie wenselijk is. Zo kan het altruïsme pas worden aanvaard wanneer de donoren overtuigend doen blijken dat ze zich het lot van het andere koppel daadwerkelijk aantrekken.²⁰⁹⁷ Zo kan er enigszins van een emotionele connectie met het andere koppel sprake zijn doordat ze in dezelfde situatie verzeild zijn geraakt (solidariteit).²⁰⁹⁸ Deze overwegingen gaan *mutatis mutandis* op voor andere vormen van gepaarde transplantatie.

²⁰⁹¹ D.L. SEGEV *et al.*, *o.c.*, *Am. J. Transpl.* 2011, vol. 11, 356-360; C.E. SIMPKINS *et al.*, "Cold Ischemia Time and Allograft Outcomes in Live Donor Renal Transplantation: Is Live Donor Organ Transport Feasible?", *Am. J. Transpl.* 2007, vol. 7, (99) 100 en 106; A. CHKHOTUA, *o.c.*, *Transpl. Proc.* 2012, (1790) 1791. Zie ook: OPTN Policy 13.11, www.optn.transplant.hrsa.gov, waar niervervoer voor *cross-over* transplantation geoorloofd wordt geacht.

²⁰⁹² Art. 10/24 KB Transplantatiecentra.

²⁰⁹³ *Cf. supra* § 1 van deze Afdeling.

²⁰⁹⁴ M.T. MORLEY, *o.c.*, *Yale L. & Pol'y Rev.* 2003, (221) 255 en 261; K. LOBAS, *o.c.*, *Seton Hall Legis. J.* 2005-06, vol. 30, (475) 502; M. DE KLERK *et al.*, *o.c.*, *Ned. T. Gen.* 2004, (420) 423; L.W. KRANENBURG *et al.*, *o.c.*, *Transplantation* 2004, vol. 78, nr. 2, (194) 194 en 195-196; L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 177; GEZONDHEIDSRaad, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 128; P.L. ADAMS *et al.*, *o.c.*, *Transplantation* 2002, vol. 74, (582) 586-587 (over *list paired exchange*).

²⁰⁹⁵ Zie ook de discussie in: L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 101 en 106.

²⁰⁹⁶ Zie ook: N. MAMODE *et al.*, *o.c.*, *Transplantation* 2013, (536) 540.

²⁰⁹⁷ Vgl. G. THIEL *et al.*, *o.c.*, *Transpl. Proc.* 2001, vol. 33, (811) 812.

²⁰⁹⁸ L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 103.

§ 3. GEVANGENEN ALS DONOR

A. Inleiding

430. Gelet op de specifieke positie van gevangenen in de maatschappij is een korte inleiding op zijn plaats, alvorens nader in te gaan op de problematiek van het altruïstisch donorschap. Laat allereerst duidelijk zijn dat de vraag of een gedetineerde een orgaandonor mag zijn, niet louter van theoretisch belang is in België. Dit blijkt uit het feit dat deze kwestie al voor minstens één lokaal ethisch comité is gerezen.²⁰⁹⁹ De inschakeling van een ethisch comité is niet verwonderlijk. Orgaandonatie door iemand die van zijn fysieke vrijheid is beroofd ten gevolge van de toepassing van de strafwet, vertoont immers een aantal bijzonderheden. Voor gezondheidszorgverstrekkingen in het algemeen valt de gevangene binnen het personeel toepassingsgebied van de Wet Patiëntenrechten, maar gelden er ook enkele specifieke beperkingen. Zo wordt zijn keuze van vertrouwenspersoon in het raam van het recht op gezondheidsinformatie beperkt tot een arts van buiten de gevangenis, een advocaat of een vertegenwoordiger van zijn godsdienst of levensbeschouwing, en zal hij slechts via deze vertrouwenspersoon een afschrift van het patiëntendossier kunnen krijgen.²¹⁰⁰ Deze beperkingen houden verband met het feit dat de patiënt van zijn vrijheid beroofd is ingevolge de toepassing van de strafwet.

431. De Orgaantransplantatiewet bevat daarentegen geen specifieke regels ten aanzien van gedetineerden. Op het eerste gezicht lijkt deze wet gevangenen *de facto* uit te sluiten van orgaandonatie. Orgaanwegneming bij levenden kan immers slechts plaatsvinden binnen een transplantatiecentrum,²¹⁰¹ dat gevestigd moet zijn in een universitair ziekenhuis. Gevangenen zijn in principe niet vrij om zich daarheen te begeven. Weliswaar is het op zich niet uitgesloten dat een gevangene naar een ziekenhuis kan gaan. Artikel 93, § 1 basiswet van 12 januari 2005 betreffende het gevangeniswezen en de rechtspositie van de gedetineerden²¹⁰² (verkort: Basiswet Gedetineerden) laat slechts toe dat de gevangene naar een ziekenhuis wordt overgebracht voor zover deze aldaar een *medisch geïndiceerd* diagnostisch onderzoek of gespecialiseerde behandeling nodig heeft. Orgaanwegneming kan maar moeilijk als medisch geïndiceerd worden beschouwd.

Dit belet niet dat de minister van Justitie alsnog overeenkomstig artikelen 4 en 5 wet van 17 mei 2006 betreffende de externe rechtspositie van de veroordeelde tot een vrijheidsstraf en de aan het slachtoffer toegekende rechten in het raam van de strafuitvoeringsmodaliteiten²¹⁰³ (verkort: Wet Strafuitvoeringsmodaliteiten) *uitgaansvergunningen* kan toekennen aan de gevangene met het oog op orgaandonatie. De bij wet voorziene gronden waarvoor de uitgaansvergunning kan worden toegekend, omvatten immers het behartigen van sociale, morele en familiale belangen, alsook het ondergaan van een medisch onderzoek of een medische behandeling buiten de gevangenis.²¹⁰⁴ Dit is m.i. ruim genoeg om zowel de pre-operatieve onderzoeken, als de eigenlijke orgaanwegneming en de opvolgingsonderzoeken te

²⁰⁹⁹ Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, Algemeen activiteitenverslag van de commissies voor medische ethiek (CME) over het jaar 2006, www.health.belgium.be.

²¹⁰⁰ Art. 92 Basiswet van 12 januari 2005 betreffende het gevangeniswezen en de rechtspositie van de gedetineerden, *BS* 1 februari 2005.

²¹⁰¹ Art. 3, § 3 Orgaantransplantatiewet.

²¹⁰² *BS* 1 februari 2005.

²¹⁰³ *BS* 15 juni 2006.

²¹⁰⁴ Art. 4, § 2, 1° en 2° Wet Strafuitvoeringsmodaliteiten.

omvatten. De uitgaansvergunning kan op elk moment van de detentieperiode worden toegekend, maar is beperkt tot maximaal 16 uren.²¹⁰⁵ In zoverre deze maatregel niet voldoende lang zou zijn om ook de (medisch geïndiceerde) postoperatieve verzorging te dekken, kan alsnog een beroep op artikel 93, § 1 Basiswet Gedetineerden worden gedaan. Aan de uitgaansvergunning kunnen bovendien voorwaarden gekoppeld worden.²¹⁰⁶ Zo kan er worden voorzien in begeleiding van de politie.²¹⁰⁷

432. Weliswaar heeft de gevangene geen recht op een uitgaansvergunning met het oog op orgaandonatie. In die zin oordeelde een U.S. Court of Appeals in de zaak *Campbell v. Wainwright* (1969), rekening houdende met de aanzienlijke kosten die het transport en eventuele complicaties bij de donor zouden meebrengen voor de staat, alsook wegens het grote risico op het gebruik van geweld met het oog op ontsnapping.²¹⁰⁸ In België zal de minister van Justitie eveneens dergelijke overwegingen in acht kunnen nemen. Artikel 5, 2° Wet Strafuitvoeringsmodaliteiten bepaalt zelfs uitdrukkelijk dat de uitgaansvergunning slechts wordt toegekend indien er geen aanwijzingen zijn dat de gevangene zich aan de uitvoering van zijn straf zal onttrekken, dat hij geen ernstige strafbare feiten zal plegen en dat hij de slachtoffers niet zal verontrusten en dit alles niet via het opleggen van bijzondere voorwaarden kan worden verhinderd.

B. Strafuitvoeringsvoordelen als motivatie

433. Indien de gevangene in aanmerking kan komen voor een uitgaansvergunning, moet deze uiteraard eerst toestemming geven tot orgaanwegneming. Het altruïstische karakter van de toestemming kan hierbij echter een probleem opleveren. Er bestaat immers het risico dat de gevangene in werkelijkheid louter toestemt met het oog op het verkrijgen van bepaalde gunsten en voordelen binnen zijn detentieregime, het verkrijgen van bepaalde strafuitvoeringsmodaliteiten (bv. penitentiair verlof, elektronisch toezicht, voorwaardelijke invrijheidsstelling) of zelfs het verkrijgen van genade of amnestie (hierna overkoepelend ‘strafuitvoeringsvoordelen’ genoemd).²¹⁰⁹ Dergelijk oogmerk kan op zich bezwaarlijk altruïstisch worden genoemd, ofschoon het geen financieel voordeel betreft.²¹¹⁰ Ook in de VS zijn dergelijke motieven strijdig met de wet. Daar verbiedt de federale wetgeving het verwerven, ontvangen of overplaatsen van een menselijk orgaan in ruil voor ‘*valuable consideration*’.²¹¹¹ Er wordt algemeen aangenomen dat ook de reductie van de straftijd onder dit verbod valt.²¹¹² In de Verklaring van Istanbul werd gesteld dat het aanzetten tot

²¹⁰⁵ Art. 4, § 1 Wet Strafuitvoeringsmodaliteiten.

²¹⁰⁶ Art. 5, 3° en 11, § 3 Wet Strafuitvoeringsmodaliteiten.

²¹⁰⁷ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 2004-05, nr. 3-1128/1, 12, met verwijzing naar art. 23, § 4, lid 2 Wet van 5 augustus 1992 op het politieambt (BS 22 december 1992). Zie ook art. 98 KB van 21 mei 1965 houdende algemeen reglement van de strafinrichtingen, BS 25 mei 1965.

²¹⁰⁸ *Campbell v. Wainwright* (1969), 416 F.2d 949. Eveneens geciteerd in *Lee v. Quarterman* (2008), WL 3926118 (S.D. Tex.).

²¹⁰⁹ J. MATTHIJS, o.c., RW 1971-72, (161) 174, nr. 24; SELLS in X., “General Discussion: Living Organ Donation in Western Countries” in W. LAND en J.B. DOSSETOR (eds.), *Organ Replacement Therapy*, 1991, (136) 139.

²¹¹⁰ J. MATTHIJS, o.c., RW 1971-72, (161) 174, nr. 23. Wat betreft gevangenen die met het oog op een financieel voordeel doneren, kan verwezen worden naar de vorige paragrafen.

²¹¹¹ 42 U.S.C. § 274e (a).

²¹¹² M.F. ANDERSON, “The prisoner as organ donor”, *Syracuse L. Rev.* 2000, vol. 50, (951) 962-963; E.C. LEE, “Trading kidneys for prison time: when two contradictory legal traditions intersect, which one has the right-of-way?”, *U.S.F. L. Rev.* 2009, vol. 43, (507) 549-550; J.L. VISCONTI, “Exchanging a Kidney for Freedom: The Illegality of Conditioning Prison Releases on Organ Donations”, *New Eng. J. on Crim. & Civ. Confinement* 2012, vol. 38, (199) 212 en 215; J. JEFFERSON-JONES, “The exchange of inmate organs for liberty: diminishing the “yuck factor” in the bioethics repugnance debate”, *J. Gender Race & Just.* 2013, vol. 16, (105) 113-117.

orgaanwegneming bij kwetsbare groep zoals o.a. gevangenen onverenigbaar is met de bestrijding van commercialiteit inzake transplantatie.²¹¹³

In de Verenigde Staten werd het verbod op orgaandonatie in ruil voor strafuitvoeringsvoordelen door sommigen evenwel in vraag gesteld. Zo werd in 1998 in de staat Missouri voorgesteld om ter dood veroordeelden een omzetting van hun doodstraf tot levenslange gevangenisstraf te verlenen, indien ze nier- of beenmergdonor zouden worden (het zgn. *life-for-life program*).²¹¹⁴ Ook voor andere veroordeelden werd reeds een proportionele verlichting van de gevangenisstraf in ruil voor donatie van lichaamsmateriaal voorgesteld, onder meer in een wetsvoorstel van 2007 te South Carolina.²¹¹⁵ In één controversieel geval bleef het niet bij een louter voorstel. In 2010 flakkerde de discussie hevig op doordat de gouverneur van de staat Mississippi de zussen Jamie en Gladys Scott – veroordeeld tot een gevangenisstraf wegens gewapende overval – voorwaardelijk vrijliet. Jamie Scott kreeg op basis van medische redenen conform de wet een voorwaardelijke vrijlating om een niertransplantatie te ondergaan. Maar ook Gladys Scott kreeg een voorwaardelijke invrijheidsstelling op voorwaarde dat ze aan haar zus een van haar nieren zou doneren, hoewel de Amerikaanse federale wetgeving dergelijke vorm van *valuable consideration* verbiedt.²¹¹⁶

C. Nood aan een uitzondering op het altruïsme?

434. De cruciale vraag luidt nu of het verlenen van strafuitvoeringsvoordelen in ruil voor orgaandonatie bij wijze van uitzondering op het altruïsme een acceptabele beleidskeuze is. Voor het antwoord op deze vraag zijn met name de vijf hiernavolgende overwegingen relevant.

1. Maatschappelijke voordelen

435. Het beloofde voordeel zou als een stimulans kunnen werken voor zij die anders geen reden zouden hebben om te doneren. Dat een gevangene doneert, brengt twee voordelen met zich mee. Het grootste voordeel van dergelijk beleid zou zijn dat men zo de *pool* van levende orgaandonoren kan vergroten en bijgevolg het orgaantekort kan verminderen.²¹¹⁷ Bovendien zou men zo tegemoetkomen aan de rehabilitatiedoelstelling van het strafrecht. Het feit dat de gevangene doneert, zou een houding van generositeit scheppen en het zelfbeeld van de gevangene kunnen verbeteren. De donatie zou als zodanig een bijdrage tot sociale re-integratie leveren.²¹¹⁸ Dit past binnen het re-integratiedoel dat eveneens ten grondslag ligt aan het toekennen van strafuitvoeringsmodaliteiten, zoals de vervroegde invrijheidsstelling.²¹¹⁹

2. Risico op dwang

436. Het bestrijden van het orgaantekort, evenals het eventueel rehabiliteren van gedetineerden moet als doelstelling afgewogen worden tegenover andere belangen. In de eerste

²¹¹³ Principe 6, c Verklaring van Istanbul.

²¹¹⁴ M.F. ANDERSON, o.c., *Syracuse L. Rev.* 2000, vol. 50, (951) 955; W. HINKLE, o.c., *Ind. L. Rev.* 2002, vol. 35, (593) 609.

²¹¹⁵ M.F. ANDERSON, o.c., *Syracuse L. Rev.* 2000, vol. 50, (951) 961 e.v.; E.C. LEE, o.c., *U.S.F. L. Rev.* 2009, vol. 43, (507) 507-508; J.L. VISCONTI, o.c., *New Eng. J. on Crim. & Civ. Confinement* 2012, vol. 38, (199) 211; J. JEFFERSON-JONES, o.c., *J. Gender Race & Just.* 2013, vol. 16, (105) 131 en 134-136.

²¹¹⁶ J.L. VISCONTI, o.c., *New Eng. J. on Crim. & Civ. Confinement* 2012, vol. 38, (199) 201-202; J. JEFFERSON-JONES, o.c., *J. Gender Race & Just.* 2013, vol. 16, (105) 125 e.v.

²¹¹⁷ M.F. ANDERSON, o.c., *Syracuse L. Rev.* 2000, vol. 50, (951) 960-961.

²¹¹⁸ M.F. ANDERSON, o.c., *Syracuse L. Rev.* 2000, vol. 50, (951) 966-967.

²¹¹⁹ Vgl. L.D. DE CASTRO, "Human organs from prisoners: kidneys for life", *J. Med. Ethics* 2003, vol. 29, (171) 174.

plaats moet gedacht worden aan het individuele belang van de gevangene zelf. Omdat een gevangene nog steeds een persoon en een rechtssubject is, geniet deze in principe zoals eenieder de mensenrechtelijke, persoonlijkheidsrechtelijke en strafrechtelijke bescherming van diens fysieke integriteit.²¹²⁰ Hieruit volgt dat ook voor de gevangene het zelfbepalingsrecht als uitgangspunt moet worden genomen. Indien de gevangene zou toestemmen tot orgaanwegneming, dan vereist de bescherming van het zelfbepalingsrecht dat deze toestemming vrijwillig, m.a.w. zonder fysieke of morele dwang, wordt gegeven.²¹²¹ Het verlengen van de straf of het verzwaren van de strafuitvoering bij weigering tot orgaanwegneming vormt uiteraard een dwangmiddel en is dus onaanvaardbaar.

Door echter een strafuitvoeringsvoordeel aan te bieden in ruil voor orgaandonatie, plaatst men de gevangene voor een keuze tussen het (onverkort) ondergaan van een kwaad (nl. de vrijheidsberoving) of een (gedeeltelijke) ontsnapping aan dit kwaad in ruil voor een inbreuk op zijn fysieke integriteit. De mogelijkheid tot het verkrijgen van een strafuitvoeringsvoordeel gecombineerd met de vrijheidsberoving zou zo impliciet als een dwangsituatie kunnen worden beschouwd.²¹²² Het feit dat er geen sprake is van een dreiging van een toekomstig kwaad, maar van een kwaad dat reeds bestaat op het moment van de beslissing, verhindert op zich alvast niet dat er gesproken wordt van dwang. Het zal immers nog steeds kunnen gaan om een dreiging die de persoon kan doen handelen tegen zijn werkelijke wil in en aldus een volledig autonome beslissing onmogelijk kan maken.²¹²³

437. Stellen dat donatie door een gevangene *steeds* dwang impliceert, zou echter te ver gaan. Er mag worden aangenomen dat gevangenen niet omwille van hun vrijheidsberoving automatisch weerloos zijn tegen elke druk van buitenaf en dat wel degelijk onafhankelijke beslissingen kunnen nemen.²¹²⁴ Iedere zaak moet dus zorgvuldig geval per geval beoordeeld worden.²¹²⁵ Er kan dan rekening worden gehouden met de concrete aard van de vrijheidsberoving.

De vraag of er *in casu* sprake is van dwang, kan dan in verband gebracht worden met onder andere de *zwaarte van de straf*. Zo wordt ook in de Verenigde Staten het dwangargument vooral opgeworpen in de hypothese dat de donor een ter dood veroordeelde is.²¹²⁶ Angst voor de dood is vanzelfsprekend een sterk dwangmiddel. De doodstraf is echter afgeschaft in België (art. 14bis GW). Hier kan de levenslange opsluiting als zwaarste straf worden beschouwd. Het

²¹²⁰ Zie ook art. 6, § 1 Basiswet Gedetineerden.

²¹²¹ Cf. *supra* Afd. 3 van dit Hoofdstuk en art. 8, § 1 Orgaantransplantatiewet.

²¹²² R.A. SELLS, o.c. in W. LAND en J.B. DOSSETOR (eds.), *Organ Replacement Therapy*, 1991, (18) 21; W. HINKLE, o.c., *Ind. L. Rev.* 2002, vol. 35, (593) 612-614; T. GRUEL, *Le droit ébranlé par les manipulations du corps*, 2002, 496, nr. 891; K. LOBAS, o.c., *Seton Hall Legis. J.* 2005-06, vol. 30, (475) 493.

²¹²³ Zie ook: J. JEFFERSON-JONES, o.c., *J. Gender Race & Just.* 2013, vol. 16, (105) 133-134, die echter niet spreekt van 'dwang' maar van 'undue inducement' (ongeoorloofde aansporing). *Contra*: D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008 308.

²¹²⁴ M.A. MILLIS en M. SIMMERLING, "Prisoners as Organ Donors. Is it worth the effort? Is it Ethical?", *Transpl. Proc.* 2009, vol. 41, (23) 24, waar wordt verwezen naar een studie over wetenschappelijk onderzoek op gevangenen om vast te stellen dat gevangenen wel degelijk de bekwaamheid hebben om zich te verzetten tegen bepaalde vormen van externe druk. Zie ook: J.E.M. AKVELD, *Transplantatie en wetgeving*, 1987, 98; L.D. DE CASTRO, o.c. *J. Med. Ethics* 2003, vol. 29, (171) 171; L.-H. M. PATTON, "A call for common sense: organ donation and the executed prisoner", *Va. J. Soc. Pol'y & L.* 1996, vol. 3, (387) 418-419; SELLS in X., o.c. in W. LAND en J.B. DOSSETOR (eds.), *Organ Replacement Therapy*, 1991, (136) 139; J. RADCLIFFE RICHARDS, "Self-Imposed Boundaries: Institutional Constraints on Organ Procurement" in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J.V. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2011, (41) 42-43. Schijnbaar *contra*: H.J.J. LEENEN, "Gezondheidsrechtelijke aspecten van orgaantransplantatie", *NJB* 1978, (871) 873.

²¹²⁵ I. BOONE, o.c., *TPR* 1996, (91) 110; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008 309; A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, 1999, 113-114.

²¹²⁶ OPTN/UNOS Ethics Committee, "Ethics of Organ Donation From Condemned Prisoners", <http://optn.transplant.hrsa.gov>; W. HINKLE, o.c., *Ind. L. Rev.* 2002, vol. 35, (593) 613-614; C. LIN, "Organ Transplantation by Prisoners – Considerations of Commuted Sentences", *Current surgery* 2003, vol. 60, nr. 6, (598) 598.

aanbieden van een verlichting van deze straf in ruil voor orgaandonatie kan evenzeer twijfel scheppen over de werkelijke wil van de gedetineerde. Lichtere vrijheidsstraffen maken dwang daarentegen minder waarschijnlijk.²¹²⁷ Indien men een beleid van strafuitvoeringsvoordelen in ruil voor orgaandonatie zou voeren, dan zou kunnen worden gevreesd dat rechters *ab initio* opzettelijk zwaardere straffen zullen opleggen om gevangenen onder druk te zetten om te doneren.²¹²⁸ Dergelijke vrees lijkt echter weinig terecht. Gevangenisstraffen kosten de overheid geld. Daarentegen is het nooit zeker dat de gestrafte ook daadwerkelijk zal doneren. Bovendien kan dit het vertrouwen in het justitieapparaat ernstig ondermijnen. Het lijkt dus niet waarschijnlijk dat rechters zich zouden wagen aan het zwaarder straffen met het oog op meer orgaandonaties.

Ook de *kwaliteit van de plaats* waar de vrijheidsstraf wordt uitgevoerd, kan een indicator voor dwang zijn.²¹²⁹ Indien de strafinrichting van de gedetineerde erg overbevolkt, onhygiënisch, gezondheidsbedreigend, uitermate stressverwekkend, e.d. is, dan kan dit een reden zijn om het vrije karakter van de toestemming in twijfel te trekken.²¹³⁰ Zijn wil om uit dergelijke erbarmelijke omstandigheden weg te geraken zou dan zijn eigenlijke wil om géén orgaanwegneming te ondergaan, kunnen overschaduwen.

Ten slotte kan ook de *band met de ontvanger* een bron van dwang uitmaken. Zoals al besproken, wordt het risico op dwang doorgaans het grootst geacht bij familiale donatie.²¹³¹ De stelling van de World Medical Association dat organen van gevangenen niet voor transplantatie gebruikt mogen worden tenzij voor naaste familieleden,²¹³² is dan ook geen terechte richtlijn. Enerzijds wekt deze stelling onterecht de indruk dat er geen risico op dwang kan bestaan bij familiale donatie. Anderzijds gaat ze ervan uit dat in alle andere gevallen automatisch dwang ontstaat, wat niet noodzakelijk strookt met de werkelijkheid.

438. Het staat vast dat een gevangene wegens de onevenwichtige machtsverhouding waarin hij zich bevindt, kan worden beschouwd als bijzonder vatbaar voor dwang.²¹³³ Hoewel orgaandonatie door een gevangene in ruil voor een strafuitvoeringsvoordeel dus *niet noodzakelijk* dwang impliceert, kan dit er in *bepaalde gevallen* wel toe leiden dat het zelfbepalingsrecht van de gevangene wordt bedreigd. Het zelfbepalingsrecht van de gevangene zou dus in principe beter gewaarborgd kunnen worden *zonder* het vooruitzicht op een strafuitvoeringsvoordeel. Men moet daarenboven nog rekening houden met het feit dat de groep van gevangenen, die in ruil voor strafafzwakking vrij en dus geldig kunnen toestemmen, te klein zou kunnen zijn om een aanzienlijke impact op het orgaantekort te hebben.²¹³⁴ Bovendien zal niet iedere ontvanger een orgaan van een misdadiger willen accepteren.²¹³⁵

²¹²⁷ L.D. DE CASTRO, o.c. *J. Med. Ethics* 2003, vol. 29, (171) 172.

²¹²⁸ Vgl. M.F. ANDERSON, o.c., *Syracuse L. Rev.* 2000, vol. 50, (951) 955; C. LIN, o.c., *Current surgery* 2003, vol. 60, nr. 6, (598) 598.

²¹²⁹ L.D. DE CASTRO, o.c. *J. Med. Ethics* 2003, vol. 29, (171) 174.

²¹³⁰ Vgl. *Bailey v. Lally* [1979], 481 F.Supp. 203; M.F. ANDERSON, o.c., *Syracuse L. Rev.* 2000, vol. 50, (951) 967-970; L.-H. M. PATTON, o.c., *Va. J. Soc. Pol'y & L.* 1996, vol. 3, (387) 418-419. Zie weliswaar art. 5 Basiswet Gedetineerden.

²¹³¹ Cf. *supra* Afd. 3, § 2, B van dit Hoofdstuk.

²¹³² WMA Statement on Organ and Tissue Donation (S-2000-01-2006), <http://www.wma.net>. Zie ook zonder deze nuance: WMA Council Resolution on Organ Donation in China (CR-2006-02-2006); Aanbeveling 1611 (2003) van de Parlementaire vergadering van de Raad van Europa over mensenhandel in Europa, <http://www.coe.int>, nr. iii.f.

²¹³³ Vgl. J.L. VISCONTI, o.c., *New Eng. J. on Crim. & Civ. Confinement* 2012, vol. 38, (199) 216; Aanbeveling vii in Resolution CM/Res(2013)56 on the development and optimisation of live kidney donation programmes, <http://www.coe.int>, waar wordt gesteld dat vooral bij gevangenen maatregelen tegen dwang moeten worden genomen.

²¹³⁴ Vgl. M.F. ANDERSON, o.c., *Syracuse L. Rev.* 2000, vol. 50, (951) 955; OPTN/UNOS Ethics Committee, "Ethics of Organ Donation From Condemned Prisoners", <http://optn.transplant.hrsa.gov>.

²¹³⁵ Zie ook: OPTN/UNOS Ethics Committee, "Ethics of Organ Donation From Condemned Prisoners", <http://optn.transplant.hrsa.gov>, dat stelt dat de ontvanger geïnformeerd moet worden over het feit dat de donor een gevangene is.

Het feit dat het voordeel van een beleid dat donatie door gevangenen stimuleert, kwantitatief laag is, hoeft echter op zich nog niet te betekenen dat het geen gerechtvaardigd beleid meer vormt. Zelfs het verbeteren van slechts enkele levens is reeds een waardevolle doelstelling.²¹³⁶ Dat dit echter een bedreiging van het zelfbepalingsrecht meebrengt, zwakt het argument wel sterk af.

439. Terzijde kan hier nog worden vermeld dat transplantatiegerichte orgaanwegname na vrijheidsberoving in het raam van gewapende conflicten aan een bijzondere regeling onderworpen is. Overeenkomstig artikel 136*quater*, § 1, 19° Sw. is dergelijke orgaanwegname strafbaar, zelfs als het slachtoffer toestemming had gegeven. De rechtvaardigingsgronden van de noodtoestand of het bevel van de overheid gelden niet (art. 136*octies* Sw.). Aldus heeft de wetgever een onweerlegbaar vermoeden van dwang ingelast, wat ingegeven lijkt te zijn door de afschuwwekkende, gedwongen nazi-experimenten tijdens WOII.²¹³⁷

Artikel 136*quater*, § 1, 19° Sw. acht de orgaanwegname echter niet langer strafbaar indien ze zonder gevaar voor de lichamelijke of geestelijke integriteit gerechtvaardigd is door de gezondheidstoestand van de donor²¹³⁸ en ze geschiedt conform de algemeen aanvaarde geneeskundige normen. Welke normen dit zijn, werd niet verduidelijkt. Het is aangewezen om niet enkel rekening te houden met de strikt medische normen, maar ook met de bijhorende gezondheidsrechtelijke normen, zoals met name het vereiste van toestemming. Zo niet, dan zou de orgaanwegname en -transplantatie zonder toestemming te kunnen geschieden indien men dit objectief medisch gerechtvaardigd acht. Dit zou onverenigbaar zijn met het verbod op gedwongen orgaanwegname. Er kan ook worden verdedigd dat orgaanwegname zonder toestemming niet zonder gevaar voor de geestelijke integriteit van de donor is,²¹³⁹ opdat de toestemming gewaarborgd is. Het is niettemin aangeraden om de toestemmingsvoorwaarde uitdrukkelijk in artikel 136*quater*, § 1, 19° Sw. op te nemen.

3. Discriminatie

440. Naast de krenking van het zelfbepalingsrecht zou een beleid van strafuitvoeringsvoordelen in ruil voor orgaandonatie volgens sommigen ook een discriminatie onder de gevangenen teweegbrengen. Zij die niet medisch geschikt zijn voor orgaandonatie, bv. wegens nierziekte of overdraagbare ziekten zoals HIV of hepatitis, zullen niet van de strafuitvoeringsvoordelen gebruik kunnen maken, terwijl andere gevangenen met gelijke straffen dit wel zouden kunnen.²¹⁴⁰ Hierbij moet worden onderstreept dat niet enkel in de VSA, maar ook in België HIV vaker voorkomt onder gevangenen dan onder de ‘vrije’ bevolking.²¹⁴¹

Dit discriminatie-argument is m.i. echter niet zo sterk. Ten eerste is het onjuist dat gevangenen met overdraagbare ziekten nooit donor zouden kunnen zijn. De wet aanvaardt immers impliciet het gebruik van besmette donoren voor reeds besmette ontvangers.²¹⁴² Ten

²¹³⁶ Vgl. B.L. KELLAM, “A life for a life: why death row inmates should be allowed to donate their organs following executing”, *UMKC L. Rev.* 2012, vol. 81, (461) 468.

²¹³⁷ J. MATTHIJS, o.c., *RW* 1971-72, (161) 175, nr. 25.

²¹³⁸ Bv. De donor ondergaat zelf een transplantatie zodat het te vervangen orgaan kan worden weggenomen voor een dominotransplantatie.

²¹³⁹ Zie ook *infra* Hoofdstuk IV, Afd. 1, § 2, B.2.a. van dit Deel.

²¹⁴⁰ Vgl. OPTN/UNOS Ethics Committee, “Ethics of Organ Donation From Condemned Prisoners”, <http://optn.transplant.hrsa.gov>; M.F. ANDERSON, o.c., *Syracuse L. Rev.* 2000, vol. 50, (951) 955-956; C. LIN, o.c., *Current surgery* 2003, vol. 60, nr. 6, (598) 599.

²¹⁴¹ “Zorg voor zieke gevangenen mensonwaardig”, *De Standaard* 23 december 2013, 1.

²¹⁴² Zie *infra* Deel VI, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, A.2.a.

tweede lijkt een beleid van strafuitvoeringsvoordelen niet noodzakelijk te leiden tot een schending van het non-discriminatiebeginsel (art. 10-11 GW en art. 14 EVRM). De medische geschiktheid komt hier immers over als een objectief en pertinent onderscheidingscriterium.

Er zou daarentegen wel van discriminatie sprake kunnen zijn indien bepaalde delinquenten wordt uitgesloten van het strafuitvoeringsvoordelensysteem wegens een subjectief criterium zoals de verachtelijke aard van hun criminele verleden (bv. moordenaars, verkrachters, pedofielen, recidivisten)²¹⁴³. In die zin bestaat er wel enig risico dat strafuitvoeringsvoordelen gepaard zouden kunnen gaan met gevallen van discriminatie.

4. Kwaliteit en veiligheid voor de ontvanger

441. Naast het belang van de gevangene moet uiteraard ook rekening worden gehouden met het belang van de ontvanger. Zoals bij orgaandonatie in ruil voor financiële voordelen, kan gevreesd worden dat orgaandonatie in ruil voor strafuitvoeringsvoordelen de kwaliteit en veiligheid van de transplantatie in het gedrang zal brengen. Het risico bestaat dat de donor met het oog op het strafuitvoeringsvoordeel bepaalde informatie met betrekking tot overdraagbare ziekten die niet met 100% zekerheid kunnen worden gedetecteerd via tests, verzwijgt om niet gediskwalificeerd te worden als donor. Volgens sommigen zijn gevangenen in het bijzonder een risicogroep met betrekking tot bepaalde overdraagbare ziekten wegens de frequentie van risicoactiviteiten (bv. intraveneus druggebruik, tatoeagepraktijken, onbeschermde seksuele relaties).²¹⁴⁴ Als oplossing voor het veiligheidsrisico werd voorgesteld om de gevangene te testen en vervolgens te isoleren gedurende ongeveer 3 weken om daarna nogmaals te testen. Dit zou het risico voldoende uitsluiten.²¹⁴⁵ Deze oplossing lijkt echter niet haalbaar in urgente gevallen. Bovendien zal er wellicht weinig bereidheid langs de kant van de donoren zijn om zich te laten isoleren.

442. In sommige gevallen kan het risico op het achterhouden van informatie door de donor zelfs met de belofte van een strafuitvoeringsvoordeel hoe dan ook zeer beperkt worden geacht. Wanneer de gevangene doneert aan iemand waarmee hij een affectieve relatie heeft (bv. familie of partner), dan is de veiligheid van de ontvanger eveneens een zorg van de donor. Hij zal dan veeleer de ontvanger niet willen besmetten en waarheidsgetrouw de vragen over zijn anamnese beantwoorden. Weliswaar is er in deze hypothese helemaal geen nood aan het beloven van een strafuitvoeringsvoordeel. Dit voordeel dient immers om de gevangene aan te zetten tot donatie. De gevangene zal daarentegen al voldoende motivatie putten uit de affectiviteitsband.

Evenzo kan het zijn dat de gevangene een orgaan wenst te doneren bij wijze van persoonlijke boetedoening voor zijn misdrijven.²¹⁴⁶ Zo kan de gevangene willen doneren aan 'zijn' slachtoffer, dat een donororgaan nodig heeft ten gevolge van geweld toegebracht door de gevangene. Het is zelfs denkbaar dat de gevangene wenst te doneren aan een volstrekt ongekende ontvanger bij wijze van boetedoening tegenover de gehele samenleving. Ook hiermee gaat normaal een bezorgdheid voor de gezondheid van de ontvanger gepaard, zodat de

²¹⁴³ Zie: M.F. ANDERSON, *o.c.*, *Syracuse L. Rev.* 2000, vol. 50, (951) 971; J. JEFFERSON-JONES, *o.c.*, *J. Gender Race & Just.* 2013, vol. 16, (105) 135.

²¹⁴⁴ "Zorg voor zieke gevangenen menonwaardig", *De Standaard* 23 december 2013, 1; W. HINKLE, *o.c.*, *Ind. L. Rev.* 2002, vol. 35, (593) 604-606; P.L. ADAMS *et al.*, *o.c.*, *Transplantation* 2002, vol. 74, (582) 586.

²¹⁴⁵ M.A. MILLIS en M. SIMMERLING, *o.c.*, *Transpl. Proc.* 2009, vol. 41, (23) 23.

²¹⁴⁶ M.F. ANDERSON, *o.c.*, *Syracuse L. Rev.* 2000, vol. 50, (951) 961; L.D. DE CASTRO, *o.c.* *J. Med. Ethics* 2003, vol. 29, (171) 171, waar werd geredeneerd vanuit Filipijnse context, alwaar er een traditie tot (fysieke) boetedoening zou bestaan. In België lijkt dit veel minder het geval te zijn.

donor niet geneigd zal zijn informatie achter te houden. Maar ook in deze hypothese vervalt de nood aan het aanbieden van een strafuitvoeringsvoordeel om de gevangene tot een orgaandonatie te bewegen. De interne overtuiging van de gevangene volstaat hiervoor al.²¹⁴⁷

5. Sociale repercussies

443. Verder kan worden verwacht dat een beleid van strafuitvoeringsvoordelen voorlopig op weinig steun vanwege de publieke opinie zal kunnen rekenen.²¹⁴⁸ Hoewel geen geld wordt gegeven, kan donatie in ruil voor een strafuitvoeringsvoordeel eveneens als een commodificatie van het menselijk lichaam worden beschouwd.²¹⁴⁹ Dit lijkt in te gaan tegen het geldende mensbeeld. Ook het risico op dwang, dat gepaard gaat met het aanbieden van strafuitvoeringsvoordelen, kan een afkeer opwekken.²¹⁵⁰ Bovendien zou orgaandonatie kunnen worden gezien als een manier om zich aan een ‘verdiende’ bestraffing te onttrekken. De (vrijheids-)straf wordt traditioneel een vergeldingsdoel ten aanzien van de samenleving toegekend.²¹⁵¹ Hoewel wel eens wordt gesteld dat een orgaandonatie eveneens die vergeldingsdoelstelling kan verwezenlijken als alternatief voor de vrijheidsstraf,²¹⁵² zal niet iedereen deze visie delen.

Het feit dat het gaat om een controversiële praktijk, kan bovendien een negatieve invloed hebben op de publieke perceptie van orgaandonatie in het algemeen.²¹⁵³ Men kan vrezen voor een daling van het aantal (niet-gerelateerde) orgaandonaties, wat ingaat tegen het doel van het toekennen van strafuitvoeringsvoordelen.²¹⁵⁴ Bovendien kan dit ertoe leiden dat men de nood aan altruïsme op zich in vraag gaat stellen. Hiertegen werd gesteld dat er ten aanzien van gevangenen niet met geld, maar met vrijheid wordt geruild. De donoren buiten de gevangenis hebben hun vrijheid nog steeds, zodat de praktijk van orgaandonatie door gevangenen geen invloed zou hebben op de praktijk van orgaandonatie buiten de gevangenis.²¹⁵⁵ Niettemin is voor gevangenen vrijheid wellicht een even waardevolle valuta als geld voor niet-gevangenen. Men kan dan ook verwachten dat de publieke opinie niet dergelijk onderscheid maakt tussen niet-financiële en financiële voordelen, zodat men alsnog op een *slippery slope* wat betreft de algemene donatiebereidheid terechtkomt.

D. Altruïsme als noodzakelijke, maar niet onmogelijke voorwaarde

444. Op basis van het bovenstaande moet m.i. worden geconcludeerd dat de voordelen van een beleid van strafuitvoeringsvoordelen in ruil voor orgaandonatie eerder beperkt zijn en dus niet opwegen tegen o.a. het veiligheidsrisico voor de ontvanger en het risico op dwang voor de donor. Ook ten aanzien van gevangenen moet altruïsme dus de regel blijven,²¹⁵⁶ indien de

²¹⁴⁷ L.D. DE CASTRO, o.c., *J. Med. Ethics* 2003, vol. 29, (171) 174, die niettemin meent dat de samenleving haar appreciatie voor de donor moet tonen bij wijze van compensatie.

²¹⁴⁸ W. HINKLE, o.c., *Ind. L. Rev.* 2002, vol. 35, (593) 614-615.

²¹⁴⁹ J.L. VISCONTI, o.c., *New Eng. J. on Crim. & Civ. Confinement* 2012, vol. 38, (199) 213.

²¹⁵⁰ J. JEFFERSON-JONES, o.c., *J. Gender Race & Just.* 2013, vol. 16, (105) 105-109.

²¹⁵¹ C. VAN DEN WYNGAERT m.m.v. S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen. Deel I*, 2011 (8^{ste} ed.), 18 en 384.

²¹⁵² M.F. ANDERSON, o.c., *Syracuse L. Rev.* 2000, vol. 50, (951) 964. *Contra*: J. JEFFERSON-JONES, o.c., *J. Gender Race & Just.* 2013, vol. 16, (105) 133-134.

²¹⁵³ Vgl. C. LIN, o.c., *Current surgery* 2003, vol. 60, nr. 6, (598) 598.

²¹⁵⁴ A.J. MATAS, o.c. in R.W.G. GRUENESSNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, 2008, (57) 62.

²¹⁵⁵ M.F. ANDERSON, o.c., *Syracuse L. Rev.* 2000, vol. 50, (951) 963.

²¹⁵⁶ Zie ook: I. BOONE, o.c., *TPR* 1996, (91) 110.

wetgeving coherent wil blijven. Dit betekent dus dat het oogmerk tot het verkrijgen van een strafuitvoeringsvoordeel vermeden moet worden.

445. Zelfs als men *ex ante* geen strafuitvoeringsvoordeel belooft, dan impliceert dit uiteraard nog niet automatisch dat de gevangene een altruïstisch oogmerk heeft. Het verrichten van een orgaanwegneming zou impliceren dat de gevangene (tijdelijk) uit de gevangenis moet worden gehaald. Het kunnen verlaten van de gevangenis kan voor de gevangene een ontsnappingskans betekenen, wat reeds voldoende reden kan zijn om te doen alsof hij een orgaanwegneming wil ondergaan. Zelfs als de gevangene geen ontsnappingsintenties heeft, dan nog kan het zijn dat hij hoopt dat dit zal volstaan om goed gedrag te bewijzen en alsnog een uitvoeringsvoordeel te verkrijgen. Ten aanzien van gevangenen bestaat er dus meer reden om te twijfelen aan het altruïstische karakter van de toestemming. Er zal *prima facie* niet van een ‘niet te betwijfelen’ altruïstisch oogmerk in de zin van artikel 9, lid 3 Orgaantransplantatiewet gesproken kunnen worden. Dit betekent dat de wegnemende arts en het multidisciplinair overlegcomité eerst een nauwgezetere controle moeten uitvoeren.²¹⁵⁷

446. Echter, in bepaalde gevallen kan het risico van een niet-altruïstisch oogmerk geacht worden zo goed als onbestaande te zijn. Dit zal m.i. het geval zijn wanneer de gevangene wenst te doneren aan iemand waarmee hij een sterke affectieve relatie heeft, zoals een familielid.²¹⁵⁸ Gevangenen in deze situatie categoriek uitsluiten als donor zou eerder als een bijkomende straf en in strijd met het zelfbepalingsrecht moeten worden beschouwd.²¹⁵⁹ Ook wanneer de gevangene wil doneren bij wijze van boetedoening kan er van altruïsme gesproken worden. In beide gevallen wordt, zoals eerder reeds aangestipt, immers overwegend gedoneerd uit andermans belang. Het psychologische voordeel dat de gevangene zou behalen bij het redden van een naaste of bij de boetedoening, houdt geen risico in voor de veiligheid van de ontvanger en dient maatschappelijk acceptabel te worden geacht.²¹⁶⁰

447. Indien ten slotte kan worden vastgesteld dat de gevangene doneert vanuit een altruïstisch oogmerk, dan neemt dit niet weg dat de orgaandonatie door een gevangene achteraf alsnog tot strafuitvoeringsvoordelen kan leiden. Door te doneren kan de veroordeelde blijk geven van sociale zin en van maatschappij-georiënteerde verbetering.²¹⁶¹ Dit kan een argument vormen voor het toekennen van strafuitvoeringsmodaliteiten. Uiteraard mogen hierover vooraf geen uitspraken worden gedaan tegenover de gevangene. Anders kan dit zijn altruïstische ingesteldheid ondermijnen.

²¹⁵⁷ In dezelfde zin: P.L. ADAMS *et al.*, *o.c.*, *Transplantation* 2002, vol. 74, (582) 586. Zie over deze controle *infra* Afd. 9, § 2, A.2. van dit Hoofdstuk.

²¹⁵⁸ Vgl. WMA Statement on Organ and Tissue Donation (S-2000-01-2006); WMA Statement on Organ and Tissue Donation (S-2012-04-2012). Beiden te raadplegen op: <http://www.wma.net>.

²¹⁵⁹ J.E.M. AKVELD, *Transplantatie en wetgeving*, 1987, 98-99.

²¹⁶⁰ L.D. DE CASTRO, *o.c.*, *J. Med. Ethics* 2003, vol. 29, (171) 173. *Contra*: P.L. ADAMS *et al.*, *o.c.*, *Transplantation* 2002, vol. 74, (582) 586.

²¹⁶¹ J. MATTHIJS, *o.c.*, *RW* 1971-72, (161) 175, nr. 24; R. DIERKENS, *Lichaam en lijk. Raakpunten van recht en geneeskunde*, Brugge, Die Keure, 1962, 131, nr. 202.

Afdeling 5. Geïnformeerd karakter

§ 1. GRONDSLAG

448. Overeenkomstig artikel 9, lid 2 Orgaantransplantatiewet moet de donor duidelijk en volledig worden ingelicht over de lichamelijke, psychische, familiale en sociale gevolgen van de wegneming. Er moet dus sprake zijn van een geïnformeerde toestemming. Dit vereiste geldt eveneens voor alle gezondheidszorgverstrekkingen (art. 8, § 1, lid 1 Wet Patiëntenrechten). De informatieplicht wordt immers algemeen aanvaard als een essentiële voorwaarde voor de vrije toestemming. Zonder kennis van zaken is de zinvolle uitoefening van het zelfbepalingsrecht logischerwijze niet mogelijk.²¹⁶² De onderliggende grondslag van de informatieverplichting is dus het zelfbepalingsrecht of ruimer, het recht op fysieke integriteit.²¹⁶³ De werkelijke wil kan pas geuit worden indien deze is gebaseerd op een juiste voorstelling van de werkelijkheid. Pas met de juiste informatie kan de donor in principe een afweging maken volgens zijn eigen normen en waarden.²¹⁶⁴ Hierdoor zou het vereiste van geïnformeerde toestemming evengoed kunnen worden afgeleid uit het vereiste van een vrij een bewuste toestemming (art. 8, § 1 Orgaantransplantatiewet).²¹⁶⁵

449. De informatiekloof tussen arts en leek kan evenwel soms zeer groot zijn. Het verzuim van de arts om de nodige voorlichting te verstrekken, levert een wanbedrijf ten aanzien van de arts op.²¹⁶⁶ Het is niet vereist dat de donor hierbij schade heeft geleden. Deze schending zal daarnaast ook een burgerrechtelijke fout kunnen uitmaken. Voor de burgerrechtelijke aansprakelijkheid is wél schade vereist. De donor zal dan slechts schadevergoeding kunnen krijgen voor de schending van de informatieplicht indien hij het oorzakelijk verband tussen de fout en een schade kan aantonen. De fysieke aantasting ten gevolge van een orgaanwegneming en haar gevolgen zouden op zich als een schade kunnen worden aangemerkt. Wat betreft het causaal verband dient de donor aan te tonen dat hij zonder de informatiefout niet zou hebben toegestemd tot orgaanwegneming.²¹⁶⁷

Enkele Amerikaanse auteurs stellen dat het recht geen geschikt beleidsinstrument is om te waarborgen dat patiënten adequate informatie verkrijgen. Ze baseren zich hiervoor op het principe dat de loutere schending van de informatieplicht in de regel niet tot louter morele schadevergoeding kan leiden en er dus slechts een vordering kan worden ingesteld indien de patiënt op basis van de verzwegen informatie niet zou hebben toegestemd.²¹⁶⁸ In België zou morele schadevergoeding echter niet uitgesloten zijn.²¹⁶⁹ Bovendien zal de schending van de informatieplicht zelfs zonder causaal verband en schade als een wanbedrijf gestraft kunnen

²¹⁶² T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, Antwerpen, Maklu, 1992, 263-264; I. BOONE, o.c., *TPR* 1996, (91) 107 en 114; L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 32. Zie ook: Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220/9, 35: "Het bewijs van de toestemming is immers ondergeschikt aan het verstrekken van de bij artikel 9, tweede lid, bedoelde informatie". Zie ook: J.B. GRENOUILLEAU, "Commentaire de la loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes", *D.* 1977, (213) 215, evenals N. NEFUSSY-LEROY, *Organes humains*, 1999, 128, die de informatie noodzakelijk achten voor de 'vrije' toestemming.

²¹⁶³ I. BOONE, o.c., *TPR* 1996, (91) 114; L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 275.

²¹⁶⁴ E.J. GORDON, o.c., *Transpl.* 2011, vol. 92, (1285) 1285.

²¹⁶⁵ Vgl. A. DIERICKX, *Toestemming en strafrecht*, 2006, 275-276.

²¹⁶⁶ Art. 9, lid 2 *juncto* 17, § 3, lid 1 Orgaantransplantatiewet; Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 1984-1985, nr. 832-1, 13.

²¹⁶⁷ Zie: T. VANSWEEVELT en S. TACK, "Het recht op gezondheidstoestandinformatie en geïnformeerde toestemming" in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (331) 418.

²¹⁶⁸ J.D. KALLICH en J.F. MERZ, o.c., *J. Corp. L.* 1994-95, vol. 20, (139) 149-150.

²¹⁶⁹ Zie: T. VANSWEEVELT en S. TACK, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (331) 418.

worden. Het recht biedt in België dus wel degelijk een waarborg voor het informatierecht, alhoewel de bewijslast betreffende de aansprakelijkheidsvoorwaarden zwaar kan zijn.

§ 2. INFORMATIEPLICHTIGE EN -GERECHTIGDE

A. Informatieplichtige

1. De arts

a. Delegatieverbod

450. Voor gezondheidszorgverstrekkingen in het algemeen wordt aanvaard dat de behandelende arts steeds de eindverantwoordelijkheid draagt voor de informatieverstrekking, maar dat hij de nakoming van deze plicht aan anderen kan delegeren voor zover de informatie tot de beroepskennis en het vakgebied van de hulppersoon behoort.²¹⁷⁰ Ook voor weefsel- en celdonatie is delegatie van de informatieverplichting duidelijk niet uitgesloten.²¹⁷¹

Orgaanwegname is een *team effort*. Het is dus ook voor dergelijke ingreep denkbaar dat men bepaalde aspecten van de ingreep liever laat toelichten door het teamlid dat hiervoor instaat. Artikel 10/6, lid 1 KB Transplantatiecentra biedt hiervoor ruimte door te bepalen dat het “*medisch team*” van het transplantatiecentrum aan de levende donor de informatie verstrekt die nodig is om inzicht te krijgen in de gevolgen van de donatie. Weliswaar heeft een wet steeds voorrang op een KB. Welnu, artikel 9, lid 2 Orgaantransplantatiewet bepaalt specifiek dat de levende donor moet worden ingelicht door de arts die zich voorneemt de orgaanwegname te verrichten. Hieruit moet worden afgeleid dat de informatieplicht juridisch gezien *niet* kan worden gedelegeerd aan een collega-arts of enige andere hulpverlener.²¹⁷² De verantwoordelijkheid blijft volledig op de wegnemende arts rusten. De Orgaantransplantatiewet wijkt zo af van wat algemeen aanvaard wordt voor de wegneming van ander lichaamsmateriaal en voor andere chirurgische ingrepen. Hierdoor neemt België op dit punt een uitzonderlijk restrictieve positie in. Zo wordt in Engeland wél aanvaard dat de informatie aan de donor kan worden meegedeeld door een aangestelde van de arts.²¹⁷³ Ook in Nederland lijkt delegatie niet uitgesloten.²¹⁷⁴ In Frankrijk lijkt een delegatie op zich wel uitgesloten, maar zal de informatieverstrekking weliswaar moeten gebeuren door een multidisciplinair comité in plaats van één arts.²¹⁷⁵

b. Voorstel tot versoepeling van het delegatieverbod

451. Hoe kan het delegatieverbod bij informatieverstrekking over orgaanwegname gerechtvaardigd worden? Men zou zich kunnen beroepen op een kwaliteitsargument. Zo zal de informatieverstrekking door de wegnemende arts, die gespecialiseerd moet zijn in orgaanwegname en -transplantatie,²¹⁷⁶ een garantie bieden van deskundige en accurate

²¹⁷⁰ T. VANSWEEVELT en S. TACK, *o.c.* in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (331) 348-349.

²¹⁷¹ Art. 4, § 1, lid 1 *juncto* 10, § 5, lid 2 Wet Menselijk Lichaamsmateriaal en Bijlage III.1.1.2. KB Kwaliteit en Veiligheid.

²¹⁷² T. VANSWEEVELT, “Art. 9 Orgaantransplantatiewet” in *Comm. Pers.*, 2007, *currens*, 2.

²¹⁷³ Sec. 11 (2) Human Tissue Act 2004 (Persons who Lack Capacity to Consent and Transplants) Regulations 2006, zoals gewijzigd door sec. 26 (b) Quality and Safety of Organs Intended for Transplantation Regulations 2012.

²¹⁷⁴ Art. 3, lid 2 Wet Orgaandonatie, waar slechts wordt vereist dat de wegnemende arts er zorg voor draagt dat de donor *wordt* geïnformeerd, niet dat hij zelf moet informeren.

²¹⁷⁵ Art. L1231-1, al. 4 en art. R1231-1 Code de la santé publique.

²¹⁷⁶ *Cf.* het artsmonopolie *supra* in Deel III, Hoofdstuk II, Afd. 1, § 2, B.

informatieverstrekking. Maar deze deskundigheids- of kwaliteitswaarborg kan eveneens bestaan bij delegatie van (een deel van) de informatieverstrekking aan een andere gespecialiseerde arts. In feite zal er zelfs een meer kwaliteitsvolle informatieverstrekking kunnen plaatsvinden. De informatieplicht omvat desgevallend elementen waarover de wegnemende arts niet de meeste expertise bevat.²¹⁷⁷ De informatieverplichting enkel laten rusten op de schouders van de wegnemende arts zal een zware last voor hem betekenen.²¹⁷⁸ De kwaliteit van de informatieverstrekking is op zich dus geen argument om een absoluut delegatieverbod te ondersteunen.

Aannemelijker is de stelling dat het delegatieverbod gerechtvaardigd wordt door de nood aan onafhankelijkheid van de informatieplichtige. Orgaantransplantatie met een levende donor geschiedt doorgaans tussen personen die elkaar goed kennen. Het is dan ook goed mogelijk dat de donor als vertrouwenspersoon aanwezig is bij de besprekingen tussen de kandidaat-ontvanger en diens transplantatiearts. Het zou dus kunnen dat (de donor zich bij deze besprekingen aanbiedt als levende donor en) de transplantatiearts zelf de informatieverstrekking over de orgaanwegname op zich neemt. Dit geeft uiteraard problemen in het licht van de onafhankelijkheid.²¹⁷⁹ De transplantatie-arts kan als behandelend arts van de ontvanger (al dan niet bewust) de neiging hebben om het belang van de ontvanger boven alles te stellen. Hierdoor ontstaat het risico dat de informatieverstrekking ten aanzien van de donor niet volledig objectief is en enigszins is afgestemd op het overhalen van de potentiële donor.²¹⁸⁰ Door de informatieverstrekking op te leggen aan de wegnemende arts, die vooralsnog niet de transplanterende arts mag zijn,²¹⁸¹ waarborgt men deze onafhankelijkheid. Maar zelfs het onafhankelijkheidsargument biedt slechts een gedeeltelijke rechtvaardiging. Er kan immers alsnog worden afgevraagd waarom er dan geen delegatie aan personen buiten het transplantatieteam (dat zich bezighoudt met de ontvanger) mogelijk is. Bijgevolg is een versoepeling van het delegatieverbod m.i. verantwoord.²¹⁸²

452. Hoe dan ook beperkt artikel 9, lid 2 Orgaantransplantatiewet zich enkel tot de gevolgen van de orgaanwegname zelf. De toestemming tot de voorafgaande onderzoeken e.d. valt uitsluitend onder het toepassingsgebied van de Wet Patiëntenrechten, die in het raam van de informatieverstrekking geen delegatieverbod bevat.

2. De donor

453. Ook de donor is in zekere zin een informatieplichtige jegens de arts. Er mag immers van de donor verwacht worden dat hij zijn medewerking verleent door ook zelf juiste informatie te

²¹⁷⁷ Zie *infra* over de informatie betreffende sociale en familiale gevolgen in § 5, B.3. van deze Afdeling. Zie ook de kritiek van: H. WILLEKENS, o.c. in A. HEYVAERT, R. KRUIHOF en T. VANSWEEVELT (eds.), *Juridische aspecten van de geneeskunde*, 1989, (11) 27.

²¹⁷⁸ Vgl. J.-P. MARKUS, "L'information du donneur d'organe", *Droit de la Famille* 2014, dossier 16, www.lexisnexis.com, nr. 13.

²¹⁷⁹ Zie ook: Ph.M.M. DOOPER en A.J. HOITSMA, "Donatie bij leven" in H.B.M. VAN WEZEL, M. SLOOFF en H. VAN GOOR (eds.), *Orgaandonatie*, 1998, (195) 198.

²¹⁸⁰ Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220/9, 35; A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, 1999, 69 en 202; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008 278, die stelt dat de transplanterende arts dus niet de enige bron van informatie mag zijn; J.D. KALLICH en J.F. MERZ, o.c., *J. Corp. L.* 1994-95, vol. 20, (139) 151.

²¹⁸¹ Zie *supra* Deel III, Hoofdstuk II, Afd. 1, § 2, B.2.b. Zie daarentegen: Human Tissue Authority Code of practice 2: donation of solid organs for transplantation (2014), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, nr. 90, waar dit onderscheid niet blijkt.

²¹⁸² Zie ook: L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 277, die de onafhankelijkheid voldoende gewaarborgd acht indien de transplanterende arts de informatie verstrekt indien dit in de aanwezigheid van een tweede, onafhankelijke arts gebeurt. Dit voorstel lijkt m.i. echter omslachtig en kan een verwarrende indruk aan de donor geven.

verstrekken. Voor gezondheidszorgverstrekkingen kan deze medewerkingsplicht uit artikel 4 Wet Patiëntenrechten worden afgeleid, maar evenzeer uit de theorie van de eigen fout van het slachtoffer. Indien de donor niet waarheidsgetrouw antwoordt op de vragen van de arts, dan begaat hij een eigen fout en zal de eventuele schade die hieruit voor de donor voortvloeit, door hemzelf gedragen moeten worden.²¹⁸³ Bovendien zal de donor als een redelijk persoon, geplaatst in dezelfde omstandigheden, zelf vragen moeten stellen om vergissingen te vermijden. Zo niet, dan zullen deze vergissingen niet aan de arts tegenstelbaar zijn. De informatieplicht van de arts is dus geen eenrichtingsverkeer, maar veeleer een dialoog.

B. Informatiegerechtigde

1. De donor

454. Uit artikel 9, lid 2 Orgaantransplantatiewet volgt duidelijk dat de donor zelf degene is die geïnformeerd moet worden. Dit is logisch aangezien uit artikelen 5 en 9, lid 3 Orgaantransplantatiewet volgt dat hij degene is die vrij, bewust en oordeelkundig moet toestemmen en dus hiervoor de betreffende informatie nodig heeft. Hij is bovendien de *enige* die moet toestemmen.²¹⁸⁴

2. De vertrouwenspersoon van de donor

455. Artikel 9, lid 2 Orgaantransplantatiewet verhindert echter niet dat de informatie daarnaast ook aan andere personen kan worden verstrekt. Zo zal een donor het beslissingsproces kunnen doorlopen met de hulp van vertrouwenspersonen. De Wet Patiëntenrechten erkent uitdrukkelijk een recht op bijstand door een vertrouwenspersoon bij informatieverstrekking over zowel de gezondheidstoestand van de patiënt, als over de specifieke tussenkomst.²¹⁸⁵ Zoals elders verdedigd, is de Wet Patiëntenrechten *de facto* van toepassing op orgaandonoren,²¹⁸⁶ zodat ook zij het recht op bijstand van een vertrouwenspersoon genieten.²¹⁸⁷ Dit strookt met de *ratio* van de Orgaantransplantatiewet. Dergelijke bijstand draagt immers bij tot een bewuste, oordeelkundige beslissing, zoals wordt vereist in artikelen 8, § 1 en 9, lid 3 Orgaantransplantatiewet. Er mag immers worden aangenomen dat een doorsnee donor de aanwezigheid van anderen niet enkel voor emotionele bijstand, maar ook voor het vernemen van informatie goed kan gebruiken.²¹⁸⁸ De Wet Patiëntenrechten levert bijgevolg een belangrijke aanvulling op de Orgaantransplantatiewet. De bijstand/aanwezigheid en de identiteit van de vertrouwenspersoon dienen in voorkomend geval te worden vermeld in het patiëntendossier van de donor.²¹⁸⁹ In geval van betrokkenheid van een derde in de donor-

²¹⁸³ T. VANSWEEVELT, “Het recht van de beroepsbeoefenaar op medewerking van de patiënt/De eigen fout van de patiënt” in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume I*, 2014, (1237) 1239 en 1242.

²¹⁸⁴ Cf. Afd. 1 van dit Hoofdstuk. Aanvankelijk moesten volgens art. 9, lid 2 Orgaantransplantatiewet naast de donor ‘in voorkomend geval’ ook de personen van wie toestemming vereist is, worden geïnformeerd. Deze zinssnede hield slechts steek toen de wet de toestemming van een vertegenwoordiger van de wilsonbekwame donor of de bijkomende toestemming van anderen dan de donor vereiste. Ingevolge enkele wetwijzigingen is deze zinssnede zonder inhoud geworden, zodat ze terecht werd opgeheven bij art. 28 wet van 7 februari 2014 houdende diverse bepalingen inzake de toegankelijkheid van de gezondheidszorg, BS 25 februari 2014.

²¹⁸⁵ Art. 7, § 2, lid 3 en art. 8, § 3 Wet Patiëntenrechten.

²¹⁸⁶ Zie *supra* Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, B.2. van dit Deel.

²¹⁸⁷ Zie ook voor Frankrijk: J.-P. MARKUS, *o.c.*, *Droit de la Famille* 2014, dossier 16, www.lexisnexis.com, nr. 10.

²¹⁸⁸ Want een extra paar oren kan handig zijn: D.L. RUDOW, “The living donor advocate: a team approach to educate, evaluate, and manage donors across the continuum”, *Progress in Transplantation* 2009, vol. 19, nr. 1, (64) 69.

²¹⁸⁹ Art. 7, § 2, lid 3 en art. 8, § 3 Wet Patiëntenrechten.

artsrelatie moet uiteraard wel steeds het risico op dwang vanwege die derde indachtig worden gehouden.

456. De Wet Patiëntenrechten erkent verder ook het recht om de informatieverstrekking aangaande de gezondheidstoestand en de specifieke tussenkomst uit te oefenen *via* de vertrouwenspersoon.²¹⁹⁰ Op dit punt maakt de Orgaantransplantatiewet evenwel een uitzondering wat orgaanwegname betreft. Artikel 9, lid 2 Orgaantransplantatiewet bepaalt immers dat de *donor* door de arts moet worden geïnformeerd over de gevolgen van de wegneming. Het volstaat dus niet dat de enkel de vertrouwenspersoon geïnformeerd zou worden. Dit verhoogt de bescherming van de levende donor en waarborgt dat hij vrij en bewust kan toestemmen.

§ 3. VORM VAN DE INFORMATIEVERSTREKKING

457. De manier waarop informatie wordt verstrekt, bepaalt in belangrijke mate of de donor de informatie begrijpt.²¹⁹¹ Artikel 9, lid 2 Orgaantransplantatiewet bepaalt echter niet onder welke vorm de informatieverstrekking moet geschieden. Uit artikel 7, § 2 *juncto* art. 8, § 3 Wet Patiëntenrechten vloeit voort dat toestemmingsinformatie aangaande gezondheidszorgverstrekkingen in principe mondeling kan worden verstrekt.²¹⁹² Er kan dan m.i. worden aangenomen dat ook voor orgaanwegname bij leven de mondelinge informatieverstrekking als uitgangspunt geldt. Dit strookt met de *ratio* van artikel 9, lid 2 Orgaantransplantatiewet, namelijk het waarborgen van een toestemming met kennis van zaken. Bij een gesprek kan immers gemakkelijker worden gecontroleerd of de donor de informatie begrijpt.²¹⁹³

458. Niets belet dat de informatie over de orgaanwegname schriftelijk wordt bevestigd aan de kandidaat-donor. De Wet Patiëntenrechten erkent zelfs uitdrukkelijk een recht op schriftelijke bevestiging van informatie.²¹⁹⁴ De schriftelijke bevestiging kan bv. gebeuren aan de hand van een brochure.²¹⁹⁵ Het gebruik van brochures bij orgaandonatie is een bestaande praktijk in de meeste landen, inclusief België,²¹⁹⁶ hoewel er een sterke variatie qua inhoud bestaat.²¹⁹⁷

Het gevaar bij het gebruik van brochures is evenwel dat ze vaak niet voldoende zijn toegespitst op de situatie van de donor; het betreft doorgaans algemene informatie.²¹⁹⁸ Het blijkt bovendien niet eenvoudig om op schriftelijke wijze adequate informatie te verstrekken zonder

²¹⁹⁰ Art. 7, § 2, lid 3 en art. 8, § 3 Wet Patiëntenrechten.

²¹⁹¹ D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008 280.

²¹⁹² Zie ook: T. VANSWEEVELT en S. TACK, *o.c.* in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (331) 395.

²¹⁹³ L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 277. In die zin ook: Memorie van toelichting, *Parl. St. Senaat* 1984-1985, nr. 832/1, 9.

²¹⁹⁴ Art. 7, § 2, lid 3 en art. 8, § 3 Wet Patiëntenrechten.

²¹⁹⁵ T. VANSWEEVELT en S. TACK, *o.c.* in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (331) 341.

²¹⁹⁶ J.-P. SQUIFFLET, "Donor Advocacy with Special Reference to Belgium", *Transpl. Proc.* 2011, vol. 43, (3392) 3395. Zie ook: Para 62 Human Tissue Authority Code of practice 1: Consent (2009), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, waar dit t.a.v. orgaandonatie expliciet wordt aangeraden.

²¹⁹⁷ A. LENNERLING en G. NYBERG, "Written information for potential kidney donors", *Transpl. Int.* 2004, vol. 17, (449) 450.

²¹⁹⁸ Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220/9, 35; T. VANSWEEVELT en S. TACK, *o.c.* in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (331) 400.

te vervallen in eerder complex taalgebruik.²¹⁹⁹ Mondelinge informatieverstrekking lijkt gepaster, aangezien hier meteen kan worden ingespeeld op onduidelijkheden. Bovendien is de informatie in centrumspecifieke brochures doorgaans afhankelijk van de ervaringen binnen dat transplantatiecentrum,²²⁰⁰ zodat beperkte ervaring leidt tot beperkte informatie. Verder bestaat het risico dat de brochure achterop is geraakt bij de ontwikkeling van de wetenschap.²²⁰¹ Transplantatie is tenslotte een snel evoluerend domein. Wegens deze nadelen kan een brochure de persoonlijke informatieverstrekking tijdens een consultatie dan ook niet vervangen.²²⁰² *Mutatis mutandis* kan hetzelfde gezegd worden over het doorverwijzen naar online-informatie op interne of externe websites²²⁰³ of het informeren via audiovisuele hulpmiddelen (bv. DVD's)²²⁰⁴.

Dit neemt niet weg dat schriftelijke informatie *ter aanvulling* van de mondelinge informatie van groot belang kan zijn, onder meer gelet op de vaststelling dat de emoties van het moment al gauw kunnen leiden tot het negeren of vervormen van bepaalde meegedeelde informatie.²²⁰⁵ Onderzoek doet vermoeden dat donoren die beschikken over dergelijke informatie, meer op hun gemak zijn ten aanzien van de orgaanwegname.²²⁰⁶ Bovendien kan dergelijke gestandaardiseerde informatie toch enige objectiviteit of onafhankelijkheid bieden.²²⁰⁷ Het is dus wenselijk dat België het voorbeeld van Nederland volgt en zowel een mondelinge als een schriftelijke informatieverstrekking bij wet verplicht stelt.²²⁰⁸ Voorlopig moet de schriftelijke informatieverstrekking, zoals in Engeland, als een goede praktijk beschouwd worden.²²⁰⁹ Aangezien informatiebrochures slechts van aanvullende aard zijn, kan worden aangenomen dat ze niet enkel door de wegnemende arts, maar ook door anderen (bv. verpleger-transplantatiecoördinator) kunnen worden verstrekt.

§ 4. TIJDSTIP VAN DE INFORMATIEVERSTREKKING

459. De Orgaantransplantatiewet bepaalt niet uitdrukkelijk wanneer de informatie aan de donor moet worden verstrekt. Uit het vereiste dat de toestemming tot orgaanwegname vóór de wegneming moet worden gegeven (art. 5, lid 1 Orgaantransplantatiewet), kan logisch worden afgeleid dat ook de informatie vóór de wegneming moet worden verstrekt. De toestemming veronderstelt immers deze informatie. Artikel 10/6, lid 1 KB Transplantatiecentra

²¹⁹⁹ E.J. GORDON *et al.*, “Are informed consent forms for organ transplantation and donation too difficult to read?”, *Clin. Transplant* 2012, vol. 26, (275) 280; T. VANSWEEVELT en S. TACK, *o.c.* in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (331) 401.

²²⁰⁰ A. LENNERLING en G. NYBERG, *o.c.*, *Transpl. Int.* 2004, vol. 17, (449) 451.

²²⁰¹ Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220/9, 35.

²²⁰² Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220/9, 35; ACOT Recommendation 1, www.organdonor.gov.

²²⁰³ E.M. MOODY *et al.*, “Improving on-line information for potential living kidney donors”, *Kidney International* 2007, vol. 71, (1062) 1062, 1066 en 1068, waaruit met name blijkt dat online-informatie, zowel op websites van transplantatiecentra als daarbuiten, vaak onvolledig is en een eerder hoog leesniveau vereist. Zie ook: E. MELLOUL *et al.*, “Donor Information for Living Donor Liver Transplantation: Where Can Comprehensive Information Be Found?”, *Liver Transplantation* 2012, vol. 18, (892) 898.

²²⁰⁴ Vgl. art. 3, lid 2 Wet Orgaandonatie, waar audio-visuele hulpmiddelen slechts ter ondersteuning van de mondelinge en schriftelijke informatieverstrekking mogen dienen en slechts wettelijk vereist zijn wanneer dit ‘gewenst’ is. Zie: L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 62-63.

²²⁰⁵ A. LENNERLING en G. NYBERG, *o.c.*, *Transpl. Int.* 2004, vol. 17, (449) 451.

²²⁰⁶ A.M. PAREKH *et al.*, “Living kidney donor informed consent practices vary between US and non-US centers”, *Nephrol. Dial. Transplant* 2008, vol. 23, (3316) 3322.

²²⁰⁷ D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008 283.

²²⁰⁸ Vgl. art. 3, lid 2 Wet Orgaandonatie.

²²⁰⁹ Vgl. Human Tissue Authority Code of practice 2: donation of solid organs for transplantation (2014), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, nr. 91. Zie ook: Memorie van toelichting Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 71; verslag HANQUET, *Parl. St. Senaat* 1984-85, nr. 832/2, 18, waar een louter onderhoud tussen arts en donor ontoereikend werd geacht.

preciseert dit door te bepalen dat de informatie moet worden verstrekt naar aanleiding van de karakteriseringsinterviews.²²¹⁰

De informatie moet vanzelfsprekend ook worden verstrekt op een moment dat de donor wilsbekwaam is. Hij moet de gevolgen immers niet enkel kennen maar ook kunnen begrijpen. Dit zal mogelijk niet meer het geval zijn wanneer de donor bv. al kalmerende middelen werden toegediend.²²¹¹

460. Tijdens de totstandkoming van de Orgaantransplantatiewet werd verondersteld dat de informatie op het allerlaatste ogenblik zal worden meegedeeld aan de donor.²²¹² Deze visie getuigt van weinig realisme. Informatieverstrekking zal niet (altijd) ogenblikkelijk leiden tot een oordeelkundige beslissing. Daarenboven kunnen de emoties van het moment een degelijke appreciatie van de verhouding tussen risico's en baten vertroebelen.²²¹³ De donor zal dus voldoende tijd moeten krijgen om de voor- en nadelen af te wegen en zal desgevallend willen overleggen met naasten²²¹⁴ of zelfs een *second opinion* willen vragen.²²¹⁵ Het moment waarop de informatieverstrekking plaatsvindt, moet nog een zekere overwegingstermijn toelaten.²²¹⁶ Dit zal niet het geval zijn indien de informatie pas op het allerlaatste moment aan de donor wordt verstrekt. Over de nood aan een voldoende ruime overwegingstermijn of *cooling off*-periode tussen het verstrekken van de informatie en de eigenlijke orgaanwegneming bestaat brede consensus.²²¹⁷ Zo kan het geïnformeerde en zo ook het vrije en bewuste karakter van de toestemming effectief worden gewaarborgd.²²¹⁸

461. Hoe lang de overwegingstermijn precies moet duren opdat de algemene zorgvuldigheidsnorm wordt nageleefd, moet geval per geval worden bepaald in functie van onder meer de ernst en de urgentie van de ingreep.²²¹⁹ Aangezien orgaanwegneming toch steeds een gewichtige ingreep uitmaakt, kan worden aanvaard dat de donor toch minimaal één dag moet kunnen nadenken.²²²⁰ In de literatuur wordt de overwegingstermijn echter doorgaans ruimer geschat, ofschoon er geen eensgezindheid bestaat. Enkele richtlijnen die worden

²²¹⁰ Deze karakterisering moet overeenkomstig art. 10/4 KB Transplantatiecentra vóór de orgaanwegneming.

²²¹¹ Vgl. T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, 1992, 273, nr. 343.

²²¹² Zie: verslag HANQUET, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 832/2, 18.

²²¹³ A. MAIORANO en F.P. SCHENA, *o.c.*, *Kidney international* 2008, vol. 73, (1108) 1109.

²²¹⁴ Zie over het recht op een vertrouwenspersoon *supra* § 2, B.2. van dit Hoofdstuk.

²²¹⁵ Zie ook: Human Tissue Authority Code of practice 2: donation of solid organs for transplantation (2014), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, nr. 74; Memorie van toelichting Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 71.

²²¹⁶ T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, 1992, 273, nr. 344; L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 274. Zie ook: B. SLUYTERS, "Juridische aspecten" in J.M. GREEP (ed.), *Orgaantransplantatie*, 1970, (361) 385, die meent dat de toestemming niet te achteloos en pas na rijp beraad mag worden verleend.

²²¹⁷ M. ABECASSIS *et al.*, *o.c.*, *JAMA* 2000, vol. 284, (2919) 2920; THE ETHICS COMMITTEE OF THE TRANSPLANTATION SOCIETY, *o.c.*, *Transplantation* 2004, vol. 78, nr. 4, (491) 492. Soms wordt ook verdedigd dat informatie herhaaldelijk moet worden gegeven, omdat informed consent een proces is: T.L. PRUETT *et al.*, "The Ethics Statement of the Vancouver Forum in the Live Lung, Liver, Pancreas, and Intestine Donor", *Transplantation* 2006, vol. 81, nr. 10, (1386) 1386 en 1387.

²²¹⁸ N. BILLER-ANDORNO, *o.c.*, *Transplantation* 2011, vol. 92, (617) 618; E.J. GORDON, *o.c.*, *Am. J. Transpl.* 2012, vol. 12, (2273) 2276.

²²¹⁹ T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, 1992, 274, nr. 345.

²²²⁰ G.J. BANKS, "Legal & Ethical Safeguards: Protection of Society's Most Vulnerable Participants in a Commercialized Organ Transplantation System", *Am. J.L. & Med.* 1995, (45) 86; M. NAVARRO-MICHEL, "Institutional organisation and transplanting the 'Spanish Model'" in A.-M. FARRELL, D. PRICE en M. QUIGLEY (eds.), *Organ shortage*, 2011, (151) 158; L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 35.

genoemd, zijn: minstens 48 uren,²²²¹ één week tot zolang de donor nodig heeft,²²²² twee of meer weken,²²²³ twee tot vier weken²²²⁴ of enkele weken.²²²⁵

Met betrekking tot de overwegingstermijn voor niet-gerelateerde donoren wordt de lat door sommigen veel hoger gelegd: 3 maanden²²²⁶ tot 6 maanden²²²⁷. Nochtans zijn de gevolgen van een orgaanwegname bij een niet-gerelateerde levende donor niet noodzakelijk ernstiger dan bij een gerelateerde donor.²²²⁸ Een niet-gerelateerde donor kan dus geacht worden ook op minder dan 3 maanden een weloverwogen, geïnformeerde beslissing te hebben gemaakt.

Indien de ontvanger zich in acuut levensgevaar bevindt, kan de standaardtermijn in functie van de risico's voor de ontvanger en de donor verkort worden.²²²⁹ In dat geval zal het belang van een bekwame en onafhankelijke controle op de geldigheid van de toestemming zeer groot zijn.²²³⁰ Daarnaast kan ook iedere kandidaat-donor de overwegingstermijn langer laten duren dan objectief gezien nodig is. Hij kan immers zelf vinden dat hij meer overwegingstijd nodig heeft en aldus zijn toestemming achterhouden. Zolang hij niet toestemt, kan de procedure niet voortgezet worden.

462. Voor een goede inschatting van de ernst van de orgaanwegname is een zorgvuldige medische en psychosociale evaluatie van de kandidaat-donor vereist.²²³¹ Deze evaluatie zal als 'gezondheidszorg' kunnen worden beschouwd, zodat de Wet Patiëntenrechten van toepassing is. Overeenkomstig artikel 8 Wet Patiëntenrechten zal de kandidaat-donor hiertoe geïnformeerd toestemming moeten geven. De informatie over deze onderzoeken moet onder meer betrekking hebben op hun doel (art. 8, § 2 Wet Patiëntenrechten). Dit doel is *in casu* de orgaanwegname met het oog op transplantatie. Er kan dus worden gesteld dat de donor naar aanleiding van de voorafgaande onderzoeken reeds enige basisinformatie over orgaanwegname (bv. algemeen gekende risico's, mogelijke baten voor de ontvanger) moet hebben ontvangen.²²³² Dit maakt het informatieproces bij orgaandonatie in feite een tweestapsproces.²²³³ De uiteindelijke overwegingstermijn kan dan ook niet los worden gezien van de voorafgaande onderzoeken, die op zich wel wat meer tijd in beslag kunnen nemen.²²³⁴

²²²¹ A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, 1999, 202.

²²²² N. DUERINCKX *et al.*, "Predonation psychosocial evaluation of living kidney and liver donor candidates: a systematic literature review", *Transpl. Int.* 2014, vol. 27, (2) 15 en 16.

²²²³ S.G. JOWSEY en T.D. SCHNEEKLOTH, *o.c.*, *Transplantation Reviews* 2008, vol. 22, (192) 193.

²²²⁴ M. BROYER, *o.c.* in R. CARVAIS en M. SASPORTES (eds.), *La greffe humaine*, 2000, (421) 439.

²²²⁵ E.J. GORDON *et al.*, *o.c.*, *Clin. Transplant* 2012, vol. 26, (275) 276. Zie evenwel: C. BERNARD-XÉMARD, "Donner et recevoir (À propos des dons d'organes du vivant et des échanges sur le sujet entre juristes et médecins)", *Droit de la Famille* 2014, dossier 16, www.lexisnexis.com, nr. 12, waar een termijn van 6 tot 9 maanden noodzakelijk wordt geacht.

²²²⁶ A.J. MATAS, *o.c.* in R.W.G. GRUESSNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, 2008, (57) 59.

²²²⁷ W. ZUIDEMA *et al.*, *o.c.*, *Ned. T. Gen.* 2009, vol. 153, (595) 596.

²²²⁸ Zie *infra* Hoofdstuk IV, Afd. 1, § 1, A.1.d. van dit Deel.

²²²⁹ Er zal dus een afweging tussen het gezondheidsbelang van de ontvanger en het waarborgen van zelfbepalingsrecht van de donor moeten worden gemaakt. Zie: G.J. BANKS, *o.c.*, *Am. J.L. & Med.* 1995, (45) 86.

²²³⁰ Vgl. J.-P. SQUIFFLET, *o.c.*, *Transpl. Proc.* 2011, vol. 43, (3392) 3395.

²²³¹ Zie *infra* Afd. 9 van dit Hoofdstuk.

²²³² A. LENNERLING, *o.c.* in R.W.G. GRUESSNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, 2008, (212) 215. Vgl. D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 288-289 (eerst geschreven informatie over de wegneming alvorens donorevaluatie; later meer volledige mondelinge informatie); L.F. ROSS, *o.c.*, *Am. J. Transpl.* 2010, vol. 10, (731) 734.

²²³³ Zie ook: A. SPITAL, *o.c.* in R.W.G. GRUESSNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, 2008, (47) 48; Opinion 2.15 – Transplantation of Organs from Living Donors, AMA Code of Medical Ethics, <http://www.ama-assn.org>, waar de informed consent voor de donatie onderscheiden wordt van de informed consent voor de eigenlijke chirurgie.

²²³⁴ Vgl. A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, 1999, 110.

§ 5. OMVANG VAN DE INFORMATIEPLICHT

A. De informatiestandaard

1. Het relevantiecriterium

a. Relevantie versus volledigheid

463. Voor gezondheidszorgverstrekkingen geldt overeenkomstig artikel 8, § 2 Wet Patiëntenrechten in het algemeen dat de informatieplicht zich uitstrekt tot o.a. de voor de patiënt *relevante* tegenaanwijzingen, nevenwerkingen en risico's, alsook andere door de patiënt of de beroepsbeoefenaar *relevant* geachte verduidelijkingen. Onder 'relevante' risico's of verduidelijkingen begrijpt de meerderheid van de rechtsleer de risico's en verduidelijkingen die van belang zijn voor de beslissing van een normaal en redelijke patiënt, geplaatst in dezelfde omstandigheden.²²³⁵ Deze opvatting kan het meest wenselijk worden geacht, omdat hiermee een evenwicht wordt gevonden tussen wat een patiënt objectief zou moeten weten (rechtszekerheid) en wat de concrete patiënt subjectief gezien zelf wil weten (respect voor het zelfbepalingsrecht).²²³⁶ Men vermijdt zo dat de omvang van de informatieplicht afhangt van een (soms onbestaande) consensus onder artsen ('professionele standaard'-theorie), wat een gevaarlijke vorm van zelfregulering inhoudt.²²³⁷ Tegelijk wordt zo vermeden dat de informatieplicht geheel afhankelijk is van de betrokken patiënt en diens moeilijk te controleren interne wil²²³⁸ ('subjectieve patiëntenstandaard'-theorie), wat vanzelfsprekend onvoldoende bescherming voor de arts meebrengt, of van een hypothetische redelijke patiënt ('objectieve patiëntenstandaard'-theorie), wat dan weer onvoldoende rekening houdt met de concrete situatie van de betrokken patiënt.²²³⁹ Zich beperken tot de normaal voorzienbare risico's zou dan weer uitsluitend nadruk leggen op het kwantitatief aspect en onvoldoende op andere aspecten die van belang kunnen zijn voor de besluitvorming van de patiënt.²²⁴⁰

464. Voor orgaanwegneming bij leven vereist artikel 9, lid 2 Orgaantransplantatiewet echter dat de informatieverstrekking aan de donor *volledig* moet zijn. De wetgever lijkt zo te eisen dat de informatieplicht bij orgaanwegneming zich niet enkel uitstrekt tot de relevante gevolgen (zoals bepaald in art. 8 Wet Patiëntenrechten), maar tot werkelijk alle, zelfs zeer uitzonderlijke gevolgen.²²⁴¹ Een aanzienlijke hoeveelheid Belgische en buitenlandse auteurs verdedigt eveneens dat in geval van orgaanwegneming de meest volledige informatie moet worden

²²³⁵ Zie o.a.: E. DELBEKE, "De informatieplicht over de relevante risico's van een medische ingreep: draagwijdte, determinerende factoren en gevolgen bij miskenning", *T. Gez.* 2007-08, (355) 357-358; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2010, 168; T. VANSWEEVELT en S. TACK, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (331) 357.

²²³⁶ Zie: T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, 1992, 299. *Contra*: D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008 275, die lijkt te opteren voor een volledig subjectieve standaard, nl. dat wat de patiënt in kwestie wenst te weten.

²²³⁷ T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, 1992, 294-295. Vgl. ook: R.H. DEES, "Transparent Vessels?: What Organ Donors Should Be Allowed to Know about Their Recipients", *J. L. Med. & Ethics* 2013, (323) 326 en 329.

²²³⁸ F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het burgerlijk recht*, 2001 567; L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 276.

²²³⁹ E. DELBEKE, o.c., *T. Gez.* 2007-08, (355) 356, nrs. 4-6.

²²⁴⁰ T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, 1992, 292-293.

²²⁴¹ S. TACK, o.c. in D. FORNACIARI, T. GOFFIN en S. TACK (eds.), *Zorginstellingen in diverse takken van het recht*, 2013, (179) 189.

verstrekt aan de donor.²²⁴² Ook de Nationale Raad van de Orde van Geneesheren en het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek zijn blijkbaar deze visie toegedaan.²²⁴³ Sommige auteurs uiten zich minder scherp, maar stellen toch ook dat orgaanwegname een strengere of zeer hoge informatieplicht meebrengt.²²⁴⁴ De reden voor deze strenge(re) informatieplicht wordt unaniem gezien in het gebrek aan therapeutisch belang voor de donor.²²⁴⁵

b. Voorstel tot explicitering van het relevantiecriteria

465. In navolging van T. Vansweevelt moet m.i. het criterium van volledigheid en bij uitbreiding de theorie van de verstrenge informatieplicht sterk bekritiseerd worden voor wat betreft orgaanwegname bij een levende. Hiertoe kunnen verschillende argumenten worden opgeworpen.

Ten eerste is een daadwerkelijk volledige informatieverstrekking moeilijk werkbaar voor de arts.²²⁴⁶ De omvang van de informatieplicht zou enorm toenemen, indien men werkelijk alle, zelfs zeer zeldzame of onbelangrijke gevolgen moet meedelen.

Verder kan een te uitgebreide informatieverstrekking nefast zijn voor de ontvanger en de donor.²²⁴⁷ De donor zou zich kunnen blindstaren op een zeldzaam risico en uit onnodige schrik besluiten om toch niet te doneren.²²⁴⁸ Buiten het voor de hand liggende nadeel voor de ontvanger, kan dit later ook tot spijt bij de donor zelf leiden. Zelfs wanneer de donor dan toch doorgaat met de wegneming kan het zijn dat de (te) uitgebreide informatieverstrekking een negatieve invloed heeft op de psychologische ingesteldheid van de donor, wat het verdere verloop van het donatieproces bemoeilijkt.²²⁴⁹ Om geen informatie over te slaan zou de arts bovendien de neiging kunnen krijgen om geautomatiseerd te werk gaan en zal hij hierdoor mogelijk minder nadruk leggen op de individuele situatie van de donor. Ook dit is uiteraard nadelig voor de donor. Een werkelijk volledige informatieverstrekking draagt dus niet noodzakelijk bij tot de bescherming van het zelfbepalingsrecht. De informatie moet enigszins getrieerd worden.

Zoals gezegd, beroepen de voorstanders van een verstrenge informatieplicht zich op het gebrek aan therapeutisch nadeel voor de donor. Deze denkwijze faalt om twee redenen. Enerzijds kan er m.i. wél een therapeutisch belang voor de donor zijn, al is het op psychosociaal

²²⁴² W. DREESSEN, o.c., *Jura Falc.* 1984-85, (500) 514; X. RYCKMANS en R. MEERT-VAN DE PUT, *Les droit et les obligations des médecins, ainsi que des dentistes, accoucheuses et infirmières. Tome I*, Brussel, Larcier, 1971 (2^{de} ed.), 468; C. HENNAU-HUBLET, *L'activité médicale et le droit pénal*, Brussel, Bruylant, 1987, 35, met verwijzing naar Art. 1 (2) van het Frans Decreet ter uitvoering van de Wet Caillavet van 22 december 1976; K. McK. NORRIE, "Human tissue transplants: legal liability in different jurisdictions", *Int. & Comp. L.Q.* 1985, (442) 452; J.E.M. AKVELD, *Transplantatie en wetgeving*, 1987, 90; L. BOSMAN en M.L. LEROY-SWAANS, o.c., *Rev. Méd. Liège* 1968, (588) 594, die zelfs stelt dat de arts geen appreciatiemarge meer heeft wat betreft zijn informatieplicht; G.J. BANKS, o.c., *Am. J.L. & Med.* 1995, (45) 85; A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, 1999, 73.

²²⁴³ Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 11 april 1987 betreffende orgaantransplantatie, www.ordomedic.be; Advies nr. 11 van 20 december 1999 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 14.

²²⁴⁴ M.A. JONES, *Medical Negligence*, London, Sweet & Maxwell, 2003, 582; L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 53 en 275; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008 272; R.H. DEES, o.c., *J. L. Med. & Ethics* 2013, (323) 326.

²²⁴⁵ C. HENNAU-HUBLET, *L'activité médicale et le droit pénal*, 1987, 35; M.A. JONES, *Medical Negligence*, 2003, 582; K. McK. NORRIE, o.c., *Int. & Comp. L.Q.* 1985, (442) 452; G.J. BANKS, o.c., *Am. J.L. & Med.* 1995, (45) 85; R.H. DEES, o.c., *J. L. Med. & Ethics* 2013, (323) 326; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008 272; L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe: possibilities of harmonisation*, Heidelberg, Springer, 2013, 53 en 275. Zie ook: X. DIJON, *Le sujet de droit en son corps*, Namen, Société d'études morales, sociales et juridiques, 1982, 474, nr. 673; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Brussel, De Boeck, 2010, 169.

²²⁴⁶ T. VANSWEEVELT, "Art. 9 Orgaantransplantatiewet" in *Comm. Pers.*, 2007, currens, 2.

²²⁴⁷ T. VANSWEEVELT, "Art. 9 Orgaantransplantatiewet" in *Comm. Pers.*, 2007, currens, 2.

²²⁴⁸ Vgl. I. BOONE, o.c., *TPR* 1996, (91) 115.

²²⁴⁹ T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 119.

vlak.²²⁵⁰ Anderzijds is de opvatting dat ingrepen *louter* omwille van hun geringe of niet-therapeutische karakter een verzwaarde informatieplicht vereisen, op zich ook vatbaar voor kritiek. Het is immers dubbelzinnig om enerzijds te stellen dat het geringe of ontbrekende therapeutische karakter van de ingreep op zich geen bezwaar vormt voor haar geoorloofdheid²²⁵¹ en anderzijds louter omwille van dit gering of niet-therapeutisch karakter de ingreep voor de arts te bemoeilijken.²²⁵²

Nog een argument *pro* de verstrengde informatieplicht is dat hiermee het recht van de donor op informatie beter beschermd wordt en het gemakkelijker via aansprakelijkheid afdwingbaar wordt.²²⁵³ Het belang van de arts op rechtszekerheid wordt in dit argument echter over het hoofd gezien. Het volledigheidscriterium dreigt evenwel zo ruim te kunnen worden ingevuld, dat de arts nooit zeker weet of hij aan de torenhoge verwachtingen heeft voldaan.

Ook is de verstrengde informatieplicht voor orgaanwegneming niet coherent met de geldende wetgeving inzake andere, niet-therapeutische ingrepen. Zo bevat de Wet Medische Experimenten geenszins de verplichting dat deelnemers aan een experiment ‘volledig’ moeten worden geïnformeerd.²²⁵⁴ Voor esthetische ingrepen wordt eveneens gewoon aansluiting gezocht bij het regime van de Wet Patiëntenrechten.²²⁵⁵

Ten slotte vindt de voorkeur voor een minder strenge criterium ook steun in artikel 10/6, lid 1 KB Transplantatiecentra, dat slechts het verstrekken van “*de informatie die noodzakelijk is om inzicht te krijgen in de gevolgen van de donatie*” vereist. Dit is al heel wat minder streng dan de notie van ‘volledige’ inlichting.

466. Uit de bovenstaande kritiek blijkt de eis van een werkelijk volledige informatieverstrekking een moeilijk hanteerbare en onwenselijke maatstaf te zijn. Er moet bijgevolg voor worden gepleit om het vereiste van een volledige inlichting uit artikel 9, lid 2 Orgaantransplantatiewet soepeler te interpreteren. Dit behoeft enige toelichting.

Artikel 9, lid 2 Orgaantransplantatiewet is een bijzondere strafbepaling, die in principe letterlijk moeten worden geïnterpreteerd. Deze wetsbepaling is evenwel onduidelijk. Volgens het legaliteitsbeginsel moet de wet voldoende duidelijk moet zijn opdat de rechtssubjecten hun gedrag erop kunnen afstellen.²²⁵⁶ Zoals al gezegd, kan het volledigheidscriterium echter zo ruim worden ingevuld dat de arts nooit zeker weet of hij aan de verwachtingen heeft voldaan.

Wanneer de tekst onduidelijk is kan een teleologische interpretatie gevolgd worden.²²⁵⁷ Uit de parlementaire stukken bij de Orgaantransplantatiewet blijkt dat het de bedoeling van de wetgever was om inlichtingen te verschaffen met betrekking tot de *waarschijnlijke* medische, sociale en psychologische gevolgen voor de donor.²²⁵⁸ De bedoeling is dus niet dat steeds moet worden ingegaan op de zeer zeldzame risico's, maar veeleer dat de arts de donor moet informeren over de volledige waaier aan aspecten.²²⁵⁹ De plicht tot het ‘volledig’ inlichten over

²²⁵⁰ Zie *infra* Hoofdstuk IV, Afd. 1, § 2, B van dit Deel.

²²⁵¹ Zoals gezegd, heeft de Orgaantransplantatiewet de principiële geoorloofdheid van orgaanwegneming bij leven erkend.

²²⁵² T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, 1992, 304-305, nr. 393.

²²⁵³ A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, 1999, 73.

²²⁵⁴ Zie m.n. art. 6 Wet Medische Experimenten. Zie ook al: J. TER HEERDT, *Het experiment beproefd*, 2000, nr. 461.

²²⁵⁵ Art. 2, 2° Wet Patiëntenrechten en art. 8 wet van 23 mei 2013 tot regeling van de vereiste kwalificaties om ingrepen van niet-heelkundige esthetische geneeskunde en esthetische heelkunde uit te voeren en tot regeling van de reclame en informatie betreffende die ingrepen, BS 2 juli 2013.

²²⁵⁶ Cf. *supra* Deel II, Hoofdstuk II, Afd. 1.

²²⁵⁷ C. VAN DEN WYNGAERT m.m.v. S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen. Deel I*, 2011 (8^{ste} ed.), 84.

²²⁵⁸ Juridische nota, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220/9, 52; Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220/9, 34. Dit werd overgenomen uit: J. MATTHIJS, *o.c.*, RW 1971-72, (161) 171, nr. 20.

²²⁵⁹ T. VANSWEEVELT, “Art. 9 Orgaantransplantatiewet” in *Comm. Pers.*, 2007, currens, 2. Vgl. ook: A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, 1999, 78-79.

de ‘lichamelijke, psychische, familiale en sociale’ gevolgen (art. 9, lid 2 Orgaantransplantatiewet) moet in die zin als een pleonasme gezien worden. Weliswaar was het ook de bedoeling om nauwkeurige en gedetailleerde inlichtingen te verschaffen.²²⁶⁰ Maar artikel 9, lid 2 Orgaantransplantatiewet bepaalt tegelijk dat de informatieverstrekking op duidelijke wijze moet gebeuren. Het kan dus niet de bedoeling zijn om in medisch-technische details en terminologie te vervallen. De eis van duidelijkheid is dan ook slechts met de eis van volledigheid verenigbaar indien de eis van volledigheid niet te letterlijk worden genomen. Het kan bijgevolg niet met zekerheid worden gezegd dat de wetgever daadwerkelijk een verstrengde informatieplicht wenste op te leggen. Dit werd, zoals aangehaald, enigszins bevestigd in artikel 10/6, lid 1 KB Transplantatiecentra.

Daarentegen kan wel met zekerheid worden aangenomen dat de wetgever zowel de rechtszekerheid voor de arts als het zelfbepalingsrecht van de donor voor ogen had.²²⁶¹ Om een goed evenwicht te vinden tussen rechtszekerheid voor de arts en respect voor het zelfbepalingsrecht van de donor moet ook voor orgaanwegneming het criterium van de relevante risico’s (en andere gevolgen) worden gehanteerd. Er zal dan sprake zijn van een volledige informatieverstrekking zijn indien de donor werd ingelicht over elk gevolg dat relevant zou zijn voor een normaal, redelijk donor geplaatst in dezelfde omstandigheden. Dit volstaat m.i. om de donor toe te laten zijn zelfbepalingsrecht vrij uit te oefenen.²²⁶²

Hoewel de verstrengde informatieplicht zonder twijfel moet worden afgewezen, kan helaas niet geheel ontkend worden dat de voorgestelde interpretatieve oplossing enigszins gekunsteld kan overkomen, met name voor niet-juristen. Het gaat m.i. dan ook slechts om een voorlopige oplossing. Het is aan de wetgever om de vereiste rechtszekerheid te bieden door artikel 9, lid 2 Orgaantransplantatiewet aan te passen.

2. Verfijning van het relevantiecriterium

467. Het relevantiecriterium is vanzelfsprekend een open criterium dat in elke zaak verder geconcretiseerd moet worden. Hierna wordt ingegaan op de vraag welke factoren bij deze concretisering dienstig kunnen zijn. Aldus komen aan bod: de invloed van de ernst en de frequentie van de gevolgen van de orgaanwegneming (a), de invloed van de persoon van de donor (b) en het geringe therapeutische nut van de orgaanwegneming (c).

a. Invloed van de ernst en de frequentie van de gevolgen van de orgaanwegneming

468. Het is zinnig om het relevant karakter van een risico te laten afhangen van de ernst van de risico’s van de orgaanwegneming.²²⁶³ Dit wordt impliciet bevestigd doordat de ernst van de risico’s in de Orgaantransplantatiewet ook een belangrijke rol speelt ten aanzien van de geoorloofdheid van de wegneming.²²⁶⁴ Enkel rekening houden met de ernst van het risico volstaat echter niet. Er moet een afweging gemaakt worden tussen de ernst van het risico en de

²²⁶⁰ Juridische nota, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220/9, 52; Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220/9, 34. Dit werd overgenomen uit: J. MATTHIJS, *o.c.*, *RW* 1971-72, (161) 171, nr. 20.

²²⁶¹ *Cf. supra* Deel II, Hoofdstuk I, Afd. 1, § 1.

²²⁶² In die zin ook: G. DWORKIN, *o.c.*, *Mod. L. Rev.* 1970, vol. 33, (351) 356 en 359.

²²⁶³ Vgl. T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, 1992, 304-305, nr. 393.

²²⁶⁴ Art. 6 Orgaantransplantatiewet en *infra* Hoofdstuk IV, Afd. 2, § 2, A van dit Deel.

risicofrequentie. Bij ernstige, maar zeldzame risico's kan er alsnog gezwezen worden om, zo stelt men, de patiënt niet af te schrikken van een noodzakelijke of nuttige ingreep.²²⁶⁵

Indien men 'relevant' invult op basis van wat een normaal, voorzichtig donor in dezelfde omstandigheden zou willen weten, dan zal een zeldzaam risico toch moeten worden vermeld, indien de gevolgen zeer ernstig kunnen zijn.²²⁶⁶ Aldus kan worden aanvaard dat onder meer de kans op overlijden tijdens de orgaanwegnemingsingreep (perioperatief mortaliteitsrisico) aan de donor moet worden vermeld.²²⁶⁷ Ook bv. het risico op overlijden ingevolge infectie en falen van de resterende nier zou vermeld moeten worden.²²⁶⁸

b. Invloed van de persoon van de donor

469. De arts moet de donor informeren over de gevolgen, zoals deze zich in het concrete, individuele geval wellicht zullen verwezenlijken.²²⁶⁹ Er moet dus ook rekening gehouden worden met de persoonsaspecten van de patiënt zelf, zoals o.a. diens lichamelijke gesteldheid of gezondheidstoestand,²²⁷⁰ diens levensstijl en diens onderlegdheid.²²⁷¹

In verband met de onderlegdheid van de donor bepaalt artikel 9, lid 2 Orgaantransplantatiewet uitdrukkelijk dat de inlichting van de donor op een *duidelijke* wijze moet gebeuren. De bedoeling is ongetwijfeld dat de donor de informatie ook effectief moet begrijpen. Anders kan hij niet echt het zelfbepalingsrecht uitoefenen. Dit houdt in dat de informatie moet verstrekt worden in een begrijpelijke taal, waarbij rekening moet worden gehouden met de individuele kennis en onderlegdheid van de donor in het concrete geval.²²⁷² Het kan dus normaal niet de bedoeling zijn om in medisch-technische details en terminologie te vervallen.²²⁷³ Volgens de memorie van toelichting bij artikel 12 Transplantatieprotocol EVRM-Bio zou een verstaanbare informatieverstrekking inhouden dat men de risico's bv. vergelijkt met risico's uit het dagdagelijkse leven.²²⁷⁴ Dergelijke vergelijking, alsook semi-kwantificering (bv. 'hoog' of 'laag' risico) kunnen echter te vaag blijven, zodat men best ook gekende cijfergegevens en percentages meegeeft (bv. % gedurende X aantal jaar).²²⁷⁵ Immers:

²²⁶⁵ T. VANSWEEVELT en S. TACK, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (331) 358-364; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2010, 169-170.

²²⁶⁶ Cass. 26 juni 2009, *NJW* 2009, 812, noot I. BOONE; Antwerpen 28 juni 2001, *T. Gez.* 2003-04, 181; C. LEMMENS, "De invulling van het begrip 'relevant risico' aan de hand van de frequentie en de ernst van het risico", (noot onder Rb. Hasselt 15 april 2010), *T. Gez.* 2010-11, 156-157; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2010, 170-171. Zie ook: K. McK. NORRIE, o.c., *Int. & Comp. L.Q.* 1985, (442) 452.

²²⁶⁷ M. ABECASSIS et al., o.c., *JAMA* 2000, vol. 284, (2919) 2920, tabel 1; GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 85; THE ETHICS COMMITTEE OF THE TRANSPLANTATION SOCIETY, o.c., *Transplantation* 2004, vol. 78, nr. 4, (491) 491; T.L. PRUETT et al., o.c., *Transplantation* 2006, vol. 81, nr. 10, (1386) 1387; Advies nr. 11 van 20 december 1999 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 15; L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 276; OPTN Policy 14.3.A.i, www.optn.transplant.hrsa.gov.

²²⁶⁸ L. BOSMAN en M.L. LEROY-SWAANS, o.c., *Rev. Méd. Liège* 1968, (588) 594.

²²⁶⁹ Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220/9, 35.

²²⁷⁰ Zie: E. DELBEKE, o.c., *T. Gez.* 2007-08, (355) 360, nr. 21, waar als voorbeeld wordt gesteld dat het risico op functieverlies van een nier ernstiger is voor iemand die reeds een nier heeft verloren of gedoneerd.

²²⁷¹ T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, 1992, 302-305; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2010, 171.

²²⁷² Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220/9, 34 en 36; J. MATTHIJS, o.c., *RW* 1971-72, (161) 172, nr. 20. Zie ook: M. ABECASSIS et al., o.c., *JAMA* 2000, vol. 284, (2919) 2920.

²²⁷³ I. BOONE, o.c., *TPR* 1996, (91) 115; vgl. ook: J.-P. DOLL, *La discipline des greffes, des transplantations et des autres actes de disposition concernant le corps humain*, 1970, 68-69; B. SLUYTERS, o.c. in J.M. GREEP (ed.), *Orgaantransplantatie*, 1970, (361) 385; J. MATTHIJS, o.c., *RW* 1971-72, (161) 171-172, nr. 20 en Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220/9, 34, waar werd gesteld dat de voorlichting eenvoudig en verstaanbaar moet zijn.

²²⁷⁴ Memorie van toelichting Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 71, waar niettemin ook wordt gesteld dat de informatieverstrekking zo accuraat mogelijk moet zijn.

²²⁷⁵ M.A.J.M. BUIJSEN en J.E.M. AKVELD, "Bijzondere patiëntenrechten" in H.E.G.M. HERMANS en M.A.J.M. BUIJSEN (eds.), *Recht en gezondheidszorg*, Maarssen, Elsevier, 2006, (163) 187, over een arts die het overlijdensrisico bij nierdonatie vergelijkt met

“Donors cannot responsibly be asked to decide to donate when they have “no idea” of what they are risking, any more than they should agree to a mortgage without knowing the amount they are borrowing.”²²⁷⁶ Indien blijkt dat de donor de informatie verkeerd begrijpt, dan moet dit gecorrigeerd worden.²²⁷⁷ Anders zou dit kunnen leiden tot dwaling of zelfs bedrog,²²⁷⁸ waardoor de toestemming nietig zou zijn.

470. Specifiek bij orgaandonatie rijst ook de vraag of de band die de donor met de ontvanger heeft, een rol speelt voor de informatieverstrekking. Onderzoek wijst uit dat potentiële donoren soms beslissen om te doneren zodra ze de ernst van de gezondheidstoestand van de ontvanger vernemen, alvorens geïnformeerd te zijn over de risico's van de orgaanwegname.²²⁷⁹ C.H. Fellner en J.R. Marshall leiden hieruit af dat het feit dat een familielid een orgaan behoeft, voldoende relevante informatie voor de donor zou zijn.²²⁸⁰ Deze vaststelling doet op zijn minst twijfel rijzen over het belang van de informatieverplichting bij gerelateerde donoren. Zo stelt A. Spital dat er niet noodzakelijk een volledige informatieverstrekking moet zijn indien de beslissing tot donatie is ingegeven vanuit een diepe affectie (bv. ouder aan kind), omdat hier geen rationeel beslissingsproces aan te pas komt.²²⁸¹ Hij meent dat er in geval van hechte affectiviteitsbanden tussen donor en ontvanger weinig risico op schending van de wilsautonomie van de donor zal bestaan, zodat een volledig geïnformeerde toestemming hier van minder belang is, ofschoon men wel zo goed mogelijk moet proberen te informeren.²²⁸² *A contrario* stelt Spital dat bij donatie door een vreemde steeds een strikt geïnformeerde toestemming essentieel is.²²⁸³

Een hechte emotionele relatie mag echter niet zomaar leiden tot een beperktere informatieplicht. Enerzijds kan er niet zomaar worden aangenomen dat er steeds sprake zal zijn van een emotioneel beslissingsproces.²²⁸⁴ Voor de meeste mensen lijkt informatie wel degelijk van belang te zijn bij zwaarwichtige beslissingen, en kan ze hoe dan ook een efficiënter gebruik van de ‘emotionele intuïtie’ garanderen.²²⁸⁵ Anderzijds kan men bij emotionele beslissingen al gauw dingen uit het oog verliezen. Hoe minder informatie dan wordt gegeven, hoe groter het risico dat men de werkelijke wil van de donor negeert. De *ratio* van de informatieplicht is net om de werkelijke wil van de donor zo veel mogelijk te laten primeren. Het referentiepunt van de normale, redelijke donor geplaatst in dezelfde omstandigheden kan dus best geënt worden op een rationeel beslissingsmodel.²²⁸⁶ De snelheid of intuïtie waarmee donatiebeslissingen wel eens worden gemaakt, sluit op zich geïnformeerde toestemming niet uit, maar pleit wel voor

het overlijdensrisico bij het wegverkeer. Schijnbaar *contra*: GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 85.

²²⁷⁶ R.W. STEINER *et al.*, “Teaching and Testing the Knowledge and Thinking of Living Organ Donors” in R.W.G. GRUESSNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, 2008, (43) 43.

²²⁷⁷ L.W. KRANENBURG *et al.*, “How to Inform Potential Donors about Living Kidney Donation?” in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2008, (241) 243-244.

²²⁷⁸ Zie hierover Afd. 3, § 2 en 3 van dit Hoofdstuk.

²²⁷⁹ C.H. FELLNER en J.R. MARSHALL, *o.c.*, *Am. J. Psychiat.* 1970, vol. 126, (1245) 1247 en 1250-1251; E.J. GORDON, *o.c.*, *Transpl.* 2011, vol. 92, (1285) 1287 en 1288.

²²⁸⁰ C.H. FELLNER en J.R. MARSHALL, *o.c.*, *Am. J. Psychiat.* 1970, vol. 126, (1245) 1250.

²²⁸¹ A. SPITAL, *o.c.*, *Am. J. Transpl.* 2005, vol. 5, (2619) 2620.

²²⁸² A. SPITAL, “Ethical issues in living organ donation: Donor autonomy and beyond”, *AJKD* 2001, vol. 38, nr. 1, 189-195.

²²⁸³ *Ibid.*

²²⁸⁴ D. PRICE en H. AKVELD, “Living Donor Organ Transplantation in Europe: Re-evaluating its Role”, *EJHL* 1998, vol. 5, (19) 28; R.G. SIMMONS en L. ABRESS, *o.c.* in G.J. CERILLI (ed.), *Organ Transplantation and Replacement*, Philadelphia, Lippincott, 1988, (691) 697; M.B. ALLEN *et al.*, “What Are the Harms of Refusing to Allow Living Kidney Donation? An Expanded View of Risks and Benefits”, *Am. J. Transpl.* 2014, vol. 14, (531) 532.

²²⁸⁵ A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, 1999, 65.

²²⁸⁶ D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008 284-287.

vroege informatieverstrekking.²²⁸⁷ Of de donor überhaupt de informatie wil ontvangen, is een andere vraag die elders wordt behandeld.²²⁸⁸

c. Invloed van het geringe therapeutische nut van orgaanwegname?

471. Het gaat, zoals gezegd, niet op om orgaanwegname bij een levende persoon automatisch te beschouwen als een ingreep zonder enig therapeutisch nut.²²⁸⁹ Men kan niet ontkennen dat het therapeutisch nut van een orgaanwegname voor de levende donor, hoe dan ook geringer is dan bv. een hartoperatie voor een hartpatiënt. Hoewel dit geringe therapeutische nut, zoals ook al gezegd, op zich geen argument is om steeds een zo volledig mogelijke informatieverstrekking te eisen, kan nog wel worden afgevraagd of het een rol speelt bij het beoordelen van het relevante karakter van de informatie.

Volgens F. Swennen zal iedere ingreep met gering therapeutisch oogmerk wel bepaalde elementen bevatten die een uitgebreidere informatieplicht vereisen (bv. zware risico's, zware sociale gevolgen, definitief karakter, ingrijpend karakter), zodat het hem gerechtvaardigd lijkt om in het algemeen te stellen dat ingrepen van gering therapeutisch nut inderdaad een strenge informatieplicht meebrengen.²²⁹⁰ In feite lijkt hier slechts te worden gezinspeeld op de ernst van de gevolgen, die naargelang de omstandigheden inderdaad een terecht element voor de beoordeling van de relevantie uitmaakt (*supra* a). *A contrario* is er dus geen voldoende reden om het gering therapeutisch nut als een zelfstandig criterium voor een automatisch strengere informatieverplichting te hanteren. De regel blijft dat telkens geval per geval de ernst van de gevolgen (alsook de risicofrequentie en de persoon van de donor) moet worden beoordeeld, ook bij orgaanwegname. Anders dreigt via een achterpoortje alsnog een strengere ('volledige') informatiestandaard te worden opgelegd,²²⁹¹ wat zou stuiten op de eerder genoemde argumenten *pro* de relevantiestandaard.

472. Het geringe therapeutische nut van een orgaanwegname zou wel op een andere manier van belang kunnen zijn bij de informatieverstrekking of, beter gezegd, de handhaving ervan. Zo wordt aanvaard dat de beperkte therapeutische waarde van een ingreep de rechter ertoe kan brengen om bij een burgerrechtelijke aansprakelijkheidsvordering sneller het causaal verband tussen een informatiefout en de schade als bewezen te beschouwen.²²⁹² Indien de informatie relevant is, maar niet wordt meegedeeld, kan m.a.w. sneller aangenomen worden dat de donor zonder deze informatie niet zou hebben toegestemd tot orgaanwegname. Aangezien er voor de donor geen directe fysiologische baten bestaan, kan redelijkerwijze worden aangenomen dat de donor niet zo gemakkelijk zou toestemmen en iedere relevante informatie in rekening zou nemen.

Maar ook dan zal het gering therapeutische nut niet allesbepalend zijn. Er zullen immers ook andere factoren (bv. bestaan van behandelingsalternatieven, risicofrequentie en -ernst en

²²⁸⁷ D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008 286-288; A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, 1999, 99.

²²⁸⁸ Zie *infra* § 6, B van deze Afdeling.

²²⁸⁹ Zie *supra* Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, B.1. van dit Deel.

²²⁹⁰ F. SWENNEN, "Juridische grondslagen voor de strafrechtelijke immuniteit van de geneesheer i.h.b. de vereiste van het therapeutisch oogmerk", *T. Gez.* 1997-98, (3) 16, nr. 53.

²²⁹¹ Vgl. T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, 1992, 304-305.

²²⁹² T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, 1992, 312 en 315, nr. 407; E. DELBEKE, o.c., *T. Gez.* 2007-08, (355) 362, nr. 25 en 367, nr. 42; Rb. Gent 11 oktober 2004, *T. Gez.* 2004-05, 210, noot T. VANSWEEVELT en *NJW* 2005, 636, noot S. CALLENS (het Isomeride-vonnis).

bijzondere omstandigheden eigen aan de patiënt) een rol spelen bij het bewijs van causaal verband.²²⁹³

B. De informatiecategorieën

1. Algemeen

473. Over welke aspecten moet de arts informatie verschaffen? Hoe breed moet de informatieverstrekking met andere woorden gaan? Krachtens artikel 9, lid 2 Orgaantransplantatiewet moet de donor worden ingelicht over de *lichamelijke, psychische, familiale en sociale gevolgen*. Dergelijke oplijsting dient de rechtszekerheid en kan worden aangemoedigd.²²⁹⁴

Het betreft echter een weinig gedetailleerde opsomming als men dit vergelijkt met de inlichtingen die voor gezondheidszorgverstrekkingen overeenkomstig artikel 8, § 2 Wet Patiëntenrechten vereist zijn. Dit artikel bepaalt namelijk expliciet dat een patiënt moet worden geïnformeerd over het doel, de aard, de graad van urgentie, de duur, de frequentie, de voor de patiënt relevante tegenaanwijzingen, nevenwerkingen en risico's, verbonden aan de tussenkomst, de nazorg, de mogelijke alternatieven en de financiële gevolgen, alsook de mogelijke gevolgen in geval van weigering of intrekking van de toestemming, en andere door de patiënt of de beroepsbeoefenaar relevant geachte verduidelijkingen, desgevallend met inbegrip van de wettelijke bepalingen die met betrekking tot een tussenkomst dienen te worden nageleefd. Als *lex generalis* zal de Wet Patiëntenrechten kunnen worden aangewend om artikel 9, lid 2 Orgaantransplantatiewet aan te vullen.

Hierna zal dieper worden ingegaan op de verschillende categorieën. Eerst komen de lichamelijke en psychische gevolgen voor de donor aan bod (*infra* 2). Vervolgens worden de familiale en sociale gevolgen besproken (*infra* 3). Verder zal worden stilgestaan bij enkele aspecten die zeer specifiek voor orgaandonatie zijn. Het betreft de informatie over de ontvanger (*infra* 4), over een eventuele andere donor (*infra* 5) en over de dominotransplantatie (*infra* 6).

2. Informatie over lichamelijke en psychische gevolgen

474. Het staat vast dat de arts krachtens artikel 9, lid 2 Orgaantransplantatiewet moet informeren over de gevolgen voor de lichamelijke én psychische toestand van de donor. Deze gevolgen betreffen allereerst:

- de tegenaanwijzingen, nevenwerkingen en risico's op korte en lange termijn²²⁹⁵ (bv. mortaliteitsrisico, pijn, litteken);
- de mogelijke psychische baten voor de donor; en
- de nazorg.²²⁹⁶

Wat betreft de gevolgen van de orgaanwegneming kan ervoor gepleit worden om zowel centrumspecifieke resultaten, als nationaal gemiddelde resultaten (indien redelijkerwijze kenbaar) mee te delen,²²⁹⁷ althans indien hiertussen een merkelijk verschil bestaat. Dit laat

²²⁹³ T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, 1992, 316-319.

²²⁹⁴ L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 276.

²²⁹⁵ Zie ook: J.D. KALLICH en J.F. MERZ, *o.c.*, *J. Corp. L.* 1994-95, vol. 20, (139) 147.

²²⁹⁶ Met name het belang van follow-up, zelfs als alles goed is verlopen. Vgl. OPTN Policy 14.2.A. en 14.2.C., www.optn.transplant.hrsa.gov. Zie over de follow-up *infra* Hoofdstuk IV, Afd. 1, § 2, A.3.b van dit Deel.

²²⁹⁷ Vgl. 42 C.F.R. § 482.102(b)(6); OPTN Policy 14.3.A.ii, www.optn.transplant.hrsa.gov; Aanbeveling 4, e, ii in Resolution CM/Res(2008)4 on adult-to-adult living donor liver transplantation, <http://www.coe.int>.

vergelijking toe en zal de donor op de hoogte stellen van de eventuele onervarenheid van het transplantatiecentrum. Zonder twijfel zal dit voor een normaal donor een relevante inlichting zijn.²²⁹⁸ Hierbij moet nog vermeld worden dat ieder transplantatiecentrum sinds 2012 verplicht is om een jaarverslag betreffende de geregistreerde aantallen en soorten (levende en overleden) donoren, orgaanwegnemingen en transplantaties over te maken aan o.a. de FOD Volksgezondheid, die op zijn beurt deze jaarverslagen publiek toegankelijk maakt.²²⁹⁹ Hierdoor kunnen potentiële donoren zichzelf al tot op zekere hoogte informeren over de ervaringen van de centra. Dergelijke transparantie draagt bovendien bij tot het scheppen van het vertrouwen dat nodig is voor donatiebereidheid bij het publiek.²³⁰⁰

475. Vanzelfsprekend is het de bedoeling dat de donor niet enkel over de gevolgen *sensu stricto* wordt geïnformeerd. Overeenkomstig artikel 8, § 2 Wet Patiëntenrechten moet ook geïnformeerd worden over de kenmerken van de wegneming zelf,²³⁰¹ zoals:

- de aard van de orgaanwegneming (bv. geen therapeutische waarde op lichamelijk vlak; schets van het procedureverloop, alsook de bijkomende uitdagingen bij ‘niet-conventionele donaties’, zoals *cross-over*²³⁰²);
- het doel;
- de duur; en
- de mogelijke alternatieven (bv. laparoscopische nefrectomie,²³⁰³ zelfs al is deze slechts in andere transplantatiecentra beschikbaar;²³⁰⁴ de eventuele mogelijkheid om als niet-gerelateerde donor een gepaarde kettingruil te starten i.p.v. de louter directe transplantatie;²³⁰⁵ afwijkende en gekende donorselectiecriteria in andere transplantatiecentra²³⁰⁶).

476. Hoewel de kennis over orgaanwegneming bij leven de laatste decennia aanzienlijk is toegenomen, bestaat er toch nog wel wat wetenschappelijke onzekerheid omtrent sommige lichamelijke en psychische gevolgen. Te denken valt aan bepaalde lange termijn-gevolgen of aan complicaties van weinig frequente vormen van orgaanwegneming.²³⁰⁷ Het Raadgevend

²²⁹⁸ Zie evenwel *contra* een informatieplicht omtrent de kwalificaties van de beroepsbeoefenaar(s) indien de patiënt zelf een bepaald ziekenhuis kiest: T. VANSWEEVELT en S. TACK, *o.c.* in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (331) 378-379. De levende donor zal mogelijk de ontvanger volgen naar het transplantatiecentrum waar deze laatste behandeld (wens(t) te) word(t)(en). In dat geval kan worden gezegd dat de levende donor het ziekenhuis niet zelf heeft gekozen, zodat er wel informatie over de kwalificaties behoort te worden verstrekt.

²²⁹⁹ Art. 10/19 KB Transplantatiecentra. Hierin werd bepaald dat ook de beheerder, de hoofdgeneesheer, het hoofd van het verpleegkundig departement, de directie van het ziekenhuis en de Europese orgaanuitwisselingsorganisatie (Eurotransplant) het jaarverslag moeten ontvangen.

²³⁰⁰ A.-C. SQUIFFLET, “Enhancing public engagement in organ donation through the law: A comparison between Belgium and the United States” in G. RANDHAWA en S. SCHICKTANZ (eds.), *Public Engagement in Organ Donation and Transplantation*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2013, (36) 40.

²³⁰¹ L. BOSMAN en M.L. LEROY-SWAANS, *o.c.*, *Rev. Méd. Liège* 1968, (588) 594.

²³⁰² Zie ook: art. R1231-1, al. 2 Code de la Santé Publique; Human Tissue Authority Code of practice 2: donation of solid organs for transplantation (2014), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, nr. 94; M.L. MELCHER *et al.*, *o.c.*, *Am. J. Transpl.* 2013, vol. 13, (851) 852.

²³⁰³ In tegenstelling tot de klassieke open nierwegneming leidt de laparoscopische nierwegneming tot minder pijn, een sneller herstel en een beter esthetisch resultaat. Zie: GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 99.

²³⁰⁴ Zie ook: M. ABECASSIS *et al.*, *o.c.*, *JAMA* 2000, vol. 284, (2919) 2920, tabel 1. Dit ligt uiteraard gevoelig, maar wordt ook bij andere tussenkomsten verdedigd: T. VANSWEEVELT en S. TACK, *o.c.* in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (331) 370.

²³⁰⁵ Zie ook: M.L. MELCHER *et al.*, *o.c.*, *Am. J. Transpl.* 2013, vol. 13, (851) 852.

²³⁰⁶ Zie ook: R. STEINER en A.J. MATAS, “First Things First: Laying the Ethical and Factual Groundwork for Living Kidney Donor Selection Standards”, *Am. J. Transpl.* 2008, vol. 8, (930) 931.

²³⁰⁷ Zie bv. T.L. PRUETT *et al.*, *o.c.*, *Transplantation* 2006, vol. 81, nr. 10, (1386) 1386; A.J. MATAS en H.N. IBRAHIM, “Long-term Outcome” in R.W.G. GRUESSNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, 2008, (205) 209; Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 16-17 en 19-25; Human organ and tissue

Comité voor Bio-ethiek achtte deze onzekerheid vanuit ethisch perspectief zeer problematisch voor het bereiken van een geïnformeerde toestemming.²³⁰⁸ Is er inderdaad een probleem? Hieromtrent valt een strikte en een soepele visie te onderscheiden.

De strikte visie wordt met name verdedigd door R. Steiner en A.J. Matas. Zij stellen dat een redelijke informatieverstrekking aan de donor en bijgevolg ook een geïnformeerde toestemming niet haalbaar zijn indien de risicograad geheel onbekend is of slechts in een onnauwkeurige schatting kan worden uitgedrukt. Omdat de kandidaat-donor dan niet rationeel kan beslissen, moet hij door de arts worden uitgesloten van orgaanwegneming.²³⁰⁹

Vele andere auteurs verdedigen m.i. terecht een soepelere visie. Zo wordt aanvaard dat zelfs in geval van wetenschappelijke onzekerheid een geïnformeerde toestemming nog steeds mogelijk is. Indien er geen zekerheid bestaat over de relevante gevolgen, dan volstaat het dat het bestaan van deze onzekerheid aan de donor duidelijk wordt gemaakt.²³¹⁰ Hij kan dan met kennis van de huidige stand van zaken alsnog beslissen om het risico van onzekerheid al dan niet te aanvaarden. Het doel van het *informed consent*-vereiste, namelijk de uitoefening van het zelfbepalingsrecht en bescherming van de autonomie van de donor, wordt hierdoor nog steeds bereikt. Deze soepele visie is perfect verenigbaar met artikel 9, lid 2 Orgaantransplantatiewet. Deze bepaling vereist immers niet dat alle relevante informatie gekend moet zijn, maar slechts dat de gekende relevante informatie niet aan de donor wordt verzwegen. Beleidsmatig gezien strookt de soepele visie bovendien met het gedachtegoed van het voorzorgsbeginsel.²³¹¹ Overeenkomstig dit beginsel betekent wetenschappelijke onzekerheid immers niet dat men het handelen moet staken. Wel is vereist dat een degelijke *risk assessment* plaatsvindt. Hiervoor is onder meer het oprichten van gegevensregisters van belang.²³¹²

3. Informatie over familiale en sociale gevolgen

a. Algemeen

477. De informatie bij orgaanwegneming is niet beperkt tot de lichamelijk en psychische gevolgen, maar strekt zich ook uit tot de familiale en sociale gevolgen.²³¹³ Deze gevolgen kunnen begrepen worden als de veranderingen die de orgaanwegneming kan teweegbrengen in de relaties van de donor met diens familieleden of in diens ruimere sociale positie. De sociale gevolgen omvatten m.i. de familiale gevolgen. Doordat deze laatsten nog eens apart worden vermeld, worden ze benadrukt. Dit mag niet verbazen, aangezien orgaandonatie in de praktijk doorgaans plaatsvindt binnen familiale kring.

transplantation, Report by the Secretariat, EB113/14, 27 november 2003, <https://extranet.who.int>, nr. 4. Zie ook al: J.D. KALLICH en J.F. MERZ, o.c., *J. Corp. L.* 1994-95, vol. 20, (139) 144.

²³⁰⁸ Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 23. In die zin ook: ACOT Recommendations 3 en 42, www.organdonor.gov, over de nood aan een informatieregister betreffende de resultaten bij levende donoren.

²³⁰⁹ R. STEINER en A.J. MATAS, o.c., *Am. J. Transpl.* 2008, vol. 8, (930) 931.

²³¹⁰ M. ABECASSIS *et al.*, o.c., *JAMA* 2000, vol. 284, (2919) 2920, tabel 1; T.L. PRUETT *et al.*, o.c., *Transplantation* 2006, vol. 81, nr. 10, (1386) 1387; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008 281-282; A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, 1999, 34 en 87. Zie ook: J.S. TAYLOR en A. SPITAL, "Uncertainty Does Not Preclude Rationality", *Am. J. Transpl.* 2008, vol. 8, 1965.

²³¹¹ Cf. *supra* Deel II, Hoofdstuk I, Afd. 2, A.2.

²³¹² Zie over deze registers *infra* Hoofdstuk IV, Afd. 1, § 2, A.3.b. van dit Deel.

²³¹³ Zie o.a. ook: T.L. PRUETT *et al.*, o.c., *Transplantation* 2006, vol. 81, nr. 10, (1386) 1387. Vgl. voor Nederland: art. 3, lid 2 Wet Orgaandonatie ("(...) gezondheid en overige leefomstandigheden (...)").

478. Indien de donatie plaatsvindt ten aanzien van een ontvanger waarmee men een persoonlijke relatie heeft, dan moet uiteraard geïnformeerd worden over de mogelijke (negatieve) gevolgen voor deze relatie.²³¹⁴ In dit verband kan ook het overleg tussen de donor en zijn/haar partner of familie aangemoedigd worden, aangezien deze laatsten de donor eveneens een zicht kunnen bieden op de familiale gevolgen.

Sociale gevolgen betreffen bijvoorbeeld ook de eventuele veranderingen die qua levensstijl moet worden gemaakt, zoals het vermijden van contactsporten na nierwegneming²³¹⁵ of van zware fysieke inspanningen (m.n. bij longsegmentwegneming)²³¹⁶.

b. Financiële informatie

479. Er moet worden aangenomen dat de donor ook moet worden geïnformeerd over de financiële gevolgen van de orgaanwegneming.²³¹⁷ Deze gevolgen raken immers het sociale en soms zelfs het familiale aspect. Nu het recht op informatie over de financiële gevolgen van gezondheidszorgverstrekkingen (bv. geconventioneerde status, remgelden)²³¹⁸ uitdrukkelijk wordt erkend in artikel 8, § 2 Wet Patiëntenrechten moet dit *a fortiori* gelden voor orgaanwegneming. Dit zou anders een discriminatie uitmaken. Bijkomende juridische grondslagen voor deze informatieplicht zijn artikel 1134, lid 3 BW (uitvoering te goeder trouw van de orgaanwegnemingsovereenkomst), het KB van 17 juni 2004 betreffende de verklaring van opname in een ziekenhuis²³¹⁹ en de artikelen VI.2, XIV.3, 3° en XIV.4 Wetboek Economisch Recht.²³²⁰

Naar het voorbeeld van artikel 3, lid 2 van de Nederlandse Wet Orgaandonatie, het advies van het Amerikaanse ACOT²³²¹ en de praktijkgids van de Engelse Human Tissue Authority²³²² kan aldus worden vereist dat de kandidaat-donor wordt geïnformeerd over de mogelijkheden tot vergoeding van de inkomstenderving en van de kosten ingevolge de orgaanwegneming. De financiële informatie kan verder ook betrekking hebben op een eventuele risicoverhoging op verzekeringsvlak of zelfs de onmogelijkheid om een verzekering te krijgen.²³²³

In de lijn van deze financiële gevolgen kan naar het voorbeeld van de Franse regelgeving²³²⁴ ook worden gedacht aan informatie over de professionele gevolgen. Er mag

²³¹⁴ H. NYS, *Recht en bio-ethiek*, 2010, 136. Vgl. ook: J.D. KALLICH en J.F. MERZ, o.c., *J. Corp. L.* 1994-95, vol. 20, (139) 147.

²³¹⁵ I. JANSEN, "Wet op de orgaandonatie", *Ars Aequi* 1996, (625) 627; R. MUNSON, o.c. in B. STEINBOCK (ed.), *The Oxford handbook of bioethics*, 2007, (211) 215. Zie ook algemeen: OPTN Policy 14.3.A.i, www.optn.transplant.hrsa.gov.

²³¹⁶ GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 176-177.

²³¹⁷ Zie ook: OPTN Policy 14.3.A.i, www.optn.transplant.hrsa.gov; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008 277; A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, 1999, 77 en 88; M. ABECASSIS *et al.*, o.c., *JAMA* 2000, vol. 284, (2919) 2920, tabel 1; COUNCIL OF EUROPE, *Guide to safety and quality assurance for organs, tissues and cells*, Straatsburg, Council of Europe Publishing, 2004 (2^{de} ed.), 34; A.M. PAREKH *et al.*, o.c., *Nephrol. Dial. Transplant* 2008, vol. 23, (3316) 3319; Aanbeveling nr. S1 (2012/C 240/04) van 15 maart 2012 betreffende financiële aspecten van grensoverschrijdende orgaandonaties bij leven, *Pb. C.* 10 augustus 2012, afl. 240, 3 (over o.a. de dekkingsomvang van de ziektekostenverzekeringen en de vergoeding voor inkomstenderving).

²³¹⁸ T. VANSWEEVELT en S. TACK, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (331) 373 e.v.

²³¹⁹ BS 14 juli 2004.

²³²⁰ Zie uitvoeriger: T. VANSWEEVELT en S. TACK, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (331) 371-373.

²³²¹ ACOT Recommendation 1, www.organdonor.gov.

²³²² Para. 89 en 91 Human Tissue Authority Code of practice 2: donation of solid organs for transplantation (2014), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, nr. 92 en 94.

²³²³ 42 C.F.R. § 482.102(b)(7); J.E.M. AKVELD, *Transplantatie en wetgeving*, 1987, 90; R.C. YANG *et al.*, "Life Insurance for Living Kidney Donors: A Canadian Undercover Investigation", *Am. J. Transpl.* 2009, vol. 9, (1585) 1589; H. NYS, *Recht en bio-ethiek*, 2010, 136; ACOT Recommendation 1, www.organdonor.gov. Zie *infra* Hoofdstuk IV, Afd. 1, § 2, C.5.a. van dit Deel.

²³²⁴ Art. R1231-1, al. 2 Code de la santé publique.

worden aangenomen dat de wetgever inderdaad beoogde dat de donor zeker zou gewaarschuwd worden voor eventuele arbeidsongeschiktheid,²³²⁵ alsook voor het risico op loonverlies en op verzwakking van de positie op de arbeidsmarkt (sociaal aspect).²³²⁶

480. G. Banks stelde ten slotte voor om kandidaat-donoren met lage inkomens te informeren over de mogelijkheden van algemene overheids- of privésystemen ter ondersteuning van mensen met beperkte financiële middelen (voor België bv. het OCMW). Het doel hiervan zou zijn om hen ondanks hun benarde financiële situatie toch te laten doneren zonder verleiding door eventuele orgaanhandel.²³²⁷ Hoewel zo'n informatieplicht inderdaad een kostenefficiënte maatregel tegen orgaanhandel kan zijn, kan niet van de arts worden verwacht dat hij steeds de nodige kennis hieromtrent heeft. Het zou gepaster zijn om de kandidaat-donor door te verwijzen naar een sociaal assistent(e) van het ziekenhuis.

c. Juridische informatie

481. Buiten België wordt vaak uitdrukkelijk belang gehecht aan het informeren van de donor over zijn juridische waarborgen en/of delen van het wettelijke kader. Zo is in de Nederlandse Wet Orgaandonatie bepaald dat de donor moet worden geïnformeerd over zijn recht op zijn wettelijke waarborgen, het beroepsgeheim en het registreren en de bescherming van gegevens.²³²⁸ De Nederlandse Gezondheidsraad achtte het met name belangrijk om het recht op herroeping van toestemming te vermelden en te benadrukken.²³²⁹ In de VSA bestaat er een wettelijke waarborg opdat de donor wordt ingelicht over zijn recht op herroeping van toestemming en over het feit dat de communicatie tussen donor en transplantatiecentrum vertrouwelijk blijft conform de wet.²³³⁰ Het ACOT en het OPTN zijn eveneens voorstander van informatie over het recht op herroeping, alsook over het verbod op winstoogmerk en zelfs over de allocatie van organen bij niet-gerelateerde donoren.²³³¹ In Engeland beschouwt de Human Tissue Authority het als een *good practice* om de donor te informeren over onder meer zijn recht op herroeping van toestemming, de nood aan vrije toestemming, het verbod op winstoogmerk en desgevallend het anonimiteitsprincipe.²³³² Vanuit de Raad van Europa klinkt het ten slotte in ruime zin dat er nood is aan het informeren van de donor over zijn rechten en wettelijke waarborgen, in het bijzonder het recht op advies van een onafhankelijke en ervaren

²³²⁵ I. BOONE, o.c., *TPR* 1996, (91) 115.

²³²⁶ De bezorgdheid voor professionele nadelen blijkt immers uit: Juridische nota, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220/9, 52. Zie ook: OPTN Policy 14.3.A.i, www.optn.transplant.hrsa.gov; J.-P. DOLL, *La discipline des greffes, des transplantations et des autres actes de disposition concernant le corps humain*, 1970, 70; M. ABECASSIS et al., o.c., *JAMA* 2000, vol. 284, (2919) 2920, tabel 1; THE ETHICS COMMITTEE OF THE TRANSPLANTATION SOCIETY, o.c., *Transplantation* 2004, vol. 78, nr. 4, (491) 491; J.-P. MARKUS, o.c., *Droit de la Famille* 2014, dossier 16, www.lexisnexis.com, nr. 20. Zie over arbeidsongeschiktheid en ontslagbescherming ook *infra* Hoofdstuk IV, Afd. 1, § 2, C.5.b. van dit Deel.

²³²⁷ Zie: G.J. BANKS, o.c., *Am. J.L. & Med.* 1995, (45) 86.

²³²⁸ Art. 5a, lid 1 Wet Orgaandonatie *juncto* Bijlage Richtlijn 2004/23/EG.

²³²⁹ GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 107 en 109. In die zin ook: L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 274.

²³³⁰ 42 C.F.R. § 482.102(b)(1) en (8).

²³³¹ ACOT Recommendation 1, www.organdonor.gov; OPTN Policy 14.3.A.ii en 14.3.B, www.optn.transplant.hrsa.gov; OPTN/UNOS Ethics Committee, "Living Non-directed Organ Donation", <http://optn.transplant.hrsa.gov>.

²³³² Para. 89 en 91 Human Tissue Authority Code of practice 2: donation of solid organs for transplantation (2014), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, nr. 92 en 94.

beroepsbeoefenaar.²³³³ Uit onderzoek blijkt overigens dat in de meeste Europese transplantatiecentra daadwerkelijk informatie over het wettelijk kader wordt gegeven.²³³⁴

482. De Belgische Orgaantransplantatiewet spreekt niet uitdrukkelijk over het verstrekken van juridische informatie aangaande de orgaanwegname. Ook impliciet kan uit artikel 9, lid 2 Orgaantransplantatiewet maar moeilijk een recht op juridische informatie voor de donor worden afgeleid. De term ‘sociale gevolgen’ is weliswaar ruim, maar het zou ietwat kunstmatig zijn om hieronder ook de juridische gevolgen te begrijpen. Het strafrechtelijke karakter van artikel 9, lid 2 Orgaantransplantatiewet (*juncto* art. 17, § 3, lid 1 van die wet) verzet zich tegen dergelijke extensieve interpretatie.²³³⁵

Wel kan er een beroep worden gedaan op artikel 8, § 2 Wet Patiëntenrechten. Deze bepaling erkent uitdrukkelijk een recht op informatie over de relevant geacht wettelijke bepalingen die met betrekking tot een tussenkomst dienen te worden nageleefd. Dat een arts geen jurist is, vormt geen onoverkomelijk bezwaar. Er kan inderdaad van de artsen van het transplantatiecentrum verwacht worden dat zij de donor dergelijke informatie verschaffen, nu zij toch gespecialiseerd zijn in orgaanwegname en -transplantatie en dus tot op redelijke hoogte geacht mogen worden de specifieke bepalingen daaromtrent te kennen.²³³⁶ Minstens moeten ze de patiënt naar iemand kunnen verwijzen die deze informatie kan verschaffen.²³³⁷ Ten behoeve van de rechtszekerheid kan de wetgever de plicht tot juridische informatieverstrekking beter in de Orgaantransplantatiewet lassen.

4. Informatie over de ontvanger

483. Artikel 9, lid 2 Orgaantransplantatiewet vereist dat de donor wordt geïnformeerd over de lichamelijke, psychische, familiale en sociale gevolgen van de wegneming. Het sluit daarbij niet uit dat deze gevolgen verband houden met de toestand van de ontvanger. Hierboven werd verder ook gesteld dat de kandidaat-donor onder meer moet worden geïnformeerd over het ‘doel’ en de ‘mogelijke alternatieven’ van de orgaanwegname. Impliceert dit de informatie aangaande de transplantatiebehandeling van de ontvanger en zo ja, in welke mate? Een analyse van de betrokken rechtsregels wijst uit dat het antwoord op deze vraag zal verschillen naargelang de donor en ontvanger elkaar kennen. De anonimiteit tussen beide wordt in wat volgt dan ook als onderscheidscriterium gehanteerd.

a. Donor en ontvanger zijn niet anoniem

1) Relevante informatie

484. Er werd verdedigd dat de donor enkel moet worden geïnformeerd over de relevante aspecten. Zoals gezegd, is informatie relevant indien ze een invloed zou hebben op de beslissing

²³³³ Art. 12, lid 2 Transplantatieprotocol EVRM-Bio; Aanbeveling 4, e in Resolution CM/Res(2008)4 on adult-to-adult living donor liver transplantation, <http://www.coe.int>; Aanbeveling v in Resolution CM/Res(2013)56 on the development and optimisation of live kidney donation programmes, <http://www.coe.int>; Resolution CM/Res(2008)6 on transplantation of kidneys from living donors who are not genetically related to the recipient, www.edqm.eu. Vgl. ook: WMA Statement on Organ and Tissue Donation (S-2012-04-2012), <http://www.wma.net>.

²³³⁴ A. LENNERLING *et al.*, “Living organ donation practices in Europe – results from an online survey”, *Transplant Int.* 2013, vol. 26, (145) 148.

²³³⁵ Cf. *supra* Deel II, Hoofdstuk II, Afd. 1.

²³³⁶ In dezelfde zin: T. VANSWEEVELT en S. TACK, *o.c.* in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (331) 379.

²³³⁷ Cf. de discussie over de mogelijkheid tot delegatie *supra* in § 2, A.1. van dit Hoofdstuk.

van een normaal en redelijke patiënt, geplaatst in dezelfde omstandigheden. Indien de informatie over de ontvanger dus als relevant kan worden gekwalificeerd, moet ze in principe aan de donor meegedeeld worden. De moeilijkheid bestaat er echter in dat de informatieverplichting ten aanzien van de donor tegenover het recht op privacy van de ontvanger staat. Dit recht wordt op algemene wijze beschermd als mensenrecht (art. 8 EVRM). Op nationaalrechtelijk vlak wordt dit privacyrecht van de ontvanger-patiënt meer precies gewaarborgd via artikel 485 Sw. inzake het medisch beroepsgeheim.²³³⁸ De arts mag in principe geen vertrouwelijke informatie bekendmaken aan derden, voor zover de patiënt dit niet zelf heeft gedaan of voor zover hij de arts hiervoor geen toestemming heeft gegeven (overeenkomstig de voorwaarden van de Wet Verwerking Persoonsgegevens, indien men art. 458 Sw. strikt interpreteert).²³³⁹ De arts moet zich dus eerst afvragen of de informatie relevant is en vervolgens of deze informatie niet strijdig is met de privacybescherming van de ontvanger. Deze probleemstelling wordt in wat volgt nader uitgewerkt.

485. Een donor dient in principe met een altruïstische ingesteldheid te doneren. Dit betekent dat hij slechts mag toestemmen om de belangen van een ander, nl. de ontvanger, te behartigen. Dit belang is meer bepaald de genezing van deze laatste.²³⁴⁰ De donor heeft er dus redelijkerwijze belang bij om te weten in hoeverre de orgaanwegneming tot deze genezing kan leiden. Indien de succeschansen te laag overkomen of indien wordt vernomen dat succes nooit gegarandeerd is, kan het zijn dat de donor niet langer bereid is om te doneren. In lijn met een unanieme rechtsleer mag er bijgevolg vanuit worden gegaan dat informatie over de *succeschansen* voor de ontvanger doorgaans relevant is voor een normaal en zorgvuldig donor en dus vermeld moet worden door de arts.²³⁴¹ Dergelijke informatieverplichting kan best in de wet worden geschreven.²³⁴² Zo zou met grotere rechtszekerheid van het beroepsgeheim ten aanzien van de ontvanger kunnen worden afgeweken.

Met betrekking tot algemene succeschansinformatie kan de ontvanger zijn recht op privacy logischerwijze niet invoeren. Dergelijke informatie is immers niet eigen aan zijn beschermde levenssfeer en kan door eenieder gevonden worden.²³⁴³ De arts mag bv. dus niet aan de donor verzwijgen dat het therapeutisch effect van nier- en levertransplantatie beperkt in tijd is en dus niet steeds een definitieve genezing betekenen.²³⁴⁴ Te denken valt bv. ook aan de vermelding van het risico op afstoting en de daaropvolgende mislukking van de ingreep.

Voor succeschansinformatie die is toegespitst op de concrete situatie van de ontvanger zal deze wel zijn recht op privacy kunnen invoeren om te verhinderen dat de donor hiervan weet

²³³⁸ J. MATTHIJS, o.c., *RW* 1971-72, (161) 172, nr. 20.

²³³⁹ In die zin ook: H.J.J. LEENEN, *Rechten van mensen in de gezondheidszorg: een gezondheidsrechtelijke studie*, Alphen, Samsom Uitgeverij, 1978, 201. Cf. *supra* de discussie in Deel III, Hoofdstuk 1, Afd. 2, § 3, E.2.a.

²³⁴⁰ Zie reeds *supra* Afd. 4, § 1 van dit Hoofdstuk.

²³⁴¹ Zie: Appendix II, 3rd Conference of European Health Ministers, Organ Transplantation, Paris 16-17 November 1987, *VI. T. Gez.* 1987-88, (284) 286-287; R1231-1, al. 2 Code de la santé publique; Human Tissue Authority Code of practice 2: donation of solid organs for transplantation (2014), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, nr. 93; H. ANRYS, *La responsabilité civile médicale*, Brussel, Larcier, 1974, 115-116; B. SLUYTERS, o.c. in J.M. GREEP (ed.), *Orgaantransplantatie*, 1970, (361) 385; J.E.M. AKVELD, *Transplantatie en wetgeving*, 1987, 90; W. KOKKEDEE, o.c., *TvGR* 1998, (202) 203-204; D. PRICE en H. AKVELD, o.c., *EJHL* 1998, vol. 5, (19) 27; N. NEFUSSY-LEROY, *Organes humains*, 1999, 131; J.D. KALLICH en J.F. MERZ, o.c., *J. Corp. L.* 1994-95, vol. 20, (139) 153; L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 58-59; M. ABECASSIS *et al.*, o.c., *JAMA* 2000, vol. 284, (2919) 2920, tabel 1; THE ETHICS COMMITTEE OF THE TRANSPLANTATION SOCIETY, o.c., *Transplantation* 2004, vol. 78, nr. 4, (491) 491; T.L. PRUETT *et al.*, o.c., *Transplantation* 2006, vol. 81, nr. 10, (1386) 1387; J.-P. MARKUS, o.c., *Droit de la Famille* 2014, dossier 16, www.lexisnexis.com, nrs. 19 en 38.

²³⁴² D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008 278.

²³⁴³ Uiteraard zal niet eenieder weten dat de ontvanger een transplantatie nodig heeft. Dit is op zich uiteraard privé-informatie. Wanneer de mogelijkheid tot orgaanwegneming bij leven wordt onderzocht, impliceert dit weliswaar dat de donor weet heeft van deze informatie.

²³⁴⁴ Advies nr. 11 van 20 december 1999 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 15.

krijgt.²³⁴⁵ Ook het beroepsgeheim verhindert de bekendmaking van dergelijke informatie.²³⁴⁶ De arts zou dan, zoals gezegd, op een of andere manier toestemming moeten krijgen van de ontvanger.²³⁴⁷ Anders kan de donor in principe geen geïnformeerde en dus geen geldige toestemming geven. In de praktijk zal de ontvanger doorgaans wellicht geen bezwaar hebben tegen de bekendmaking van deze informatie.

De succeschansen van de ontvanger worden deels ook bepaald door de kwaliteit van het orgaan van de levende donor. Aldus kan worden verdedigd dat de kandidaat-donor desgevallend ook geïnformeerd moet worden over het feit dat hij een donor van minder goede ('marginale') kwaliteit is.²³⁴⁸ Aangezien deze informatie in feite de gezondheidstoestand van de donor zelf betreft, heeft hij overeenkomstig artikel 7 Wet Patiëntenrechten een recht op deze informatie.

486. De bovenstaande redenering gaat m.i. *mutatis mutandis* op voor het informeren over de mogelijke *alternatieven* voor de ontvanger. Een normaal, zorgvuldig donor kan immers geacht worden de orgaanwegname te willen afwegen tegenover andere therapeutische opties, zoals bv. nierdialyse, donatie door een andere levende donor of door een overleden donor.²³⁴⁹ Dit laatste impliceert redelijkerwijze dat de donor ook moet worden ingelicht over de wachttijd voor organen van een overledene.²³⁵⁰ Gelet op het ingrijpend karakter zal een normale kandidaat-donor slechts een orgaan laten wegnemen indien hij vindt dat er geen andere valabele opties overblijven. Dat transplantatie met een orgaan van een levende donor in principe een *ultimum remedium* behoort te zijn, wordt trouwens impliciet bevestigd in artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet.²³⁵¹

2) *Schijnbaar irrelevante informatie*

487. Hoe gedetailleerd moet de informatie over de ontvanger zijn om relevant te zijn? Moet bv. worden vermeld dat de ontvanger Hiv-positief is, dat hij een criminele achtergrond of een verleden van drug- of alcoholgebruik heeft of dat hij reeds een eerste transplantatie onderging, maar deze mislukte wegens het niet nauwgezet nemen van immunosuppressiva?²³⁵² In principe kan er niet worden verwacht van de arts dat hij de donor ook hierover informeert. Een normaal, zorgvuldig donor respecteert de privacy van de ontvanger voor zover dat nodig is. Voor de altruïstische uitoefening van het zelfbepalingsrecht is het nodig dat de donor de succeschansen op zich kent om vervolgens een kosten-batenafweging te kunnen maken bovenop degene die reeds door de artsen werd gemaakt. Van een normaal, zorgvuldig donor mag worden verwacht

²³⁴⁵ Vgl. J.E.M. AKVELD, *Transplantatie en wetgeving*, 1987, 90.

²³⁴⁶ J.-P. MARKUS, o.c., *Droit de la Famille* 2014, dossier 16, www.lexisnexis.com, nr. 19.

²³⁴⁷ Vgl. Human Tissue Authority Code of practice 2: donation of solid organs for transplantation (2014), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, nr. 93; H.J.J. LEENEN, *Rechten van mensen in de gezondheidszorg*, 1978, 201.

²³⁴⁸ Zie: A.J. CRONIN en J.F. DOUGLAS, "Non-standard kidneys for transplants: clinical margins, medical morality, and the law", *Med. L. Rev.* 2013, vol. 21, (448) 460-461.

²³⁴⁹ Vgl. OPTN Policy 14.3.A.ii, www.optn.transplant.hrsa.gov; 42 C.F.R. § 482.102(b)(4); D. PRICE en H. AKVELD, o.c., *EJHL* 1998, vol. 5, (19) 27; R.H. DEES, o.c., *J. L. Med. & Ethics* 2013, (323) 324; M. ABECASSIS *et al.*, o.c., *JAMA* 2000, vol. 284, (2919) 2920, tabel 1; THE ETHICS COMMITTEE OF THE TRANSPLANTATION SOCIETY, o.c., *Transplantation* 2004, vol. 78, nr. 4, (491) 491; T.L. PRUETT *et al.*, o.c., *Transplantation* 2006, vol. 81, nr. 10, (1386) 1387; Aanbeveling 4, e, iii in Resolution CM/Res(2008)4 on adult-to-adult living donor liver transplantation, <http://www.coe.int>; *Montalto v. Stoff*, 2007 WL 3013204 (Mass.Super.), over foutieve informatieverstrekking aangaande de nood aan transplantatie voor de ontvanger.

²³⁵⁰ Zie ook: D. PRICE en H. AKVELD, o.c., *EJHL* 1998, vol. 5, (19) 25.

²³⁵¹ Zie uitgebreider *infra* Hoofdstuk IV, Afd. 2 van dit Deel.

²³⁵² Zie: R.H. DEES, o.c., *J. L. Med. & Ethics* 2013, (323) 323.

dat hij dit kan doen zonder de precieze verklaring achter de succesansen *in casu* te moeten kennen.²³⁵³

488. Het wordt anders wanneer de donor zelf uitdrukkelijk vraagt naar deze informatie. Op basis van het zelfbepalingsrecht kan worden aanvaard dat deze informatie gelet op de concrete omstandigheden relevant wordt doordat de donor er expliciet naar vraagt.²³⁵⁴ Er kan echter niet worden volgehouden dat de donor dan automatisch recht zou hebben op dergelijke informatie zonder toestemming van de ontvanger.²³⁵⁵ Het zelfbepalingsrecht van de donor moet met andere woorden nog wel worden geplaatst tegenover het recht op privacy van de ontvanger en het beroepsgeheim van de arts. Indien de ontvanger weigert de gevraagde, meer gedetailleerde en desgevallend bezwarende informatie te verstrekken, staat de donor voor de volgende keuze.

Ofwel stemt hij toe, aanvaardt hij dat hij niet alles wat hij wou weten, te horen kreeg en kan er nadien niet meer worden opgeworpen dat de donor omwille van de verzwijging van deze informatie een nietige toestemming heeft gegeven.²³⁵⁶ Het recht op privacy van de ontvanger leidt in zekere zin dus tot een uitzondering op het recht van de donor om over alle *relevante* informatie te worden ingelicht.

Ofwel acht de donor deze informatie werkelijk cruciaal en weigert hij de wegneming. R.H. Dees betwijfelt echter of een donor omwille van de geheimhouding van de gedetailleerde informatie nog wel ‘vrij’ zou kunnen weigeren, omdat dit niet meteen op het begrip van de ontvanger kan rekenen, met mogelijke sociale ongemakken tot gevolg.²³⁵⁷ *Supra* werd echter verdedigd dat niet al te snel tot dwang mag worden besloten.²³⁵⁸ Er kan pas sprake zijn van dwang indien de donor vreest voor een aanzienlijk kwaad, wat zeker niet automatisch het geval zal zijn.

489. Ook de ontvanger moet hier een moeilijke keuze maken. Als hij weigert om zijn privé-informatie te delen, dan kan het zijn dat de potentiële donor weigert om te doneren en kan dit bijgevolg een armzalige levenskwaliteit of zelfs het overlijden tot gevolg hebben. Men zou zelfs durven spreken van een dwangsituatie.²³⁵⁹ Juridisch gezien rijst dan de vraag of de toestemming van de ontvanger aan de arts om informatie bekend te maken nog wel vrij van dwang en dus geldig is. Aan het vrije karakter van de toestemming kan met name getwijfeld worden indien de ontvanger te kennen geeft dat hij deze informatie eigenlijk niet wil delen. Nochtans zou een gedwongen karakter opgevangen kunnen worden door het zwaarwegende gezondheidsbelang van de ontvanger. De arts zou zich dan desgevallend op de noodtoestand kunnen beroepen om van zijn beroepsgeheim af te wijken. Om problemen te vermijden, kan de ontvanger niettemin best zelf de donor inlichten in plaats van dit aan de arts over te laten.

²³⁵³ R.H. DEES, *o.c.*, *J. L. Med. & Ethics* 2013, (323) 323, 326 en 329.

²³⁵⁴ Vgl. art. 8, § 2 Wet Patiëntenrechten: de inlichtingen betreffen de “door de patiënt of beroepsbeoefenaar relevant geachte verduidelijkingen”.

²³⁵⁵ In gelijkaardige zin: R.H. DEES, *o.c.*, *J. L. Med. & Ethics* 2013, (323) 329; THE ETHICS COMMITTEE OF THE TRANSPLANTATION SOCIETY, *o.c.*, *Transplantation* 2004, vol. 78, nr. 4, (491) 491, waar werd aanvaard dat “*Disclosure of recipient specific information (...) must have the assent of the recipient*”; T.L. PRUETT *et al.*, *o.c.*, *Transplantation* 2006, vol. 81, nr. 10, (1386) 1387.

²³⁵⁶ Voor zover de donor niet wordt uitgesloten wegens verhoogd psychologisch risico. Zie daarbij ook: R.H. DEES, *o.c.*, *J. L. Med. & Ethics* 2013, (323) 329, die waarschuwt dat het verzwijgen van de precieze redenen tot wantrouwen en dus een slechter beslissingsproces kan leiden.

²³⁵⁷ R.H. DEES, *o.c.*, *J. L. Med. & Ethics* 2013, (323) 328.

²³⁵⁸ Zie *supra* Afd. 3, § 2 van dit Hoofdstuk.

²³⁵⁹ R.H. DEES, *o.c.*, *J. L. Med. & Ethics* 2013, (323) 327.

b. Donor en ontvanger zijn anoniem

490. Het bovenstaande gaat niet onverkort op voor de gevallen waarin de levende donor en de ontvanger elkaar niet kennen. Uit artikel 4bis Orgaantransplantatiewet (het anonimiteitsprincipe) kan slechts worden afgeleid dat er in dergelijke gevallen geen informatie mag worden bekendgemaakt waardoor de ontvanger *geïdentificeerd* zou kunnen worden.²³⁶⁰ Bovendien is er logischerwijze geen sprake van een mogelijke schending van het beroepsgeheim uit artikel 458 Sw. indien degene aan wie bepaalde informatie wordt meegedeeld, deze informatie niet kan linken aan een bepaald individu op basis van de vermelde gegevens of de begeleidende omstandigheden.²³⁶¹ Dit schendt dan immers geenszins de privacy van de ontvanger, noch kan dit *in casu* beschouwd worden als gevaar voor het vertrouwen in het beroep van arts. Hieruit kan m.i. worden afgeleid dat in geval van anonieme donatie de arts aan de donor wél details, zoals bv. druggebruik of eerdere therapie-ontrouw, kan meedelen, indien deze laatste hierom zou vragen.

5. Informatie over een andere donor

491. Soms zal de donatie gepaard gaan met een donatie door een andere donor. Dit kan bv. het geval zijn bij longkwabdonatie. Aangezien slechts een beperkt deel van een long van de levende donor wordt weggenomen, zijn twee levende longkwabdonoren voor één ontvanger nodig.²³⁶² Bij levertransplantatie is het desnoods eveneens mogelijk om twee kleinere leverlobben van twee verschillende levende donoren te transplanteren naar dezelfde ontvanger.²³⁶³ Daarnaast kan ook gedacht worden aan *cross-over* donatie.

Voor deze gevallen kan worden verdedigd dat de donor niet enkel recht moet hebben op informatie over de ontvanger (*cf. supra* 4), maar eveneens op informatie over de andere donor.²³⁶⁴ Uiteraard is deze informatie beperkt tot de informatie die voor een normaal donor geplaatst in dezelfde omstandigheden relevant zou zijn. Te denken valt bv. aan informatie over de slechtere kwaliteit van diens orgaan.

Er kan ook hier een privacyprobleem ontstaan, waardoor het meedelen van dergelijke informatie wordt belemmerd. Artikel 4bis Orgaantransplantatiewet waarborgt weliswaar enkel de anonimiteit tussen donor en ontvanger i.p.v. tussen donor en donor, maar voor de verhouding tussen de donoren spelen nog wel het beroepsgeheim (art. 458 Sw.). Voor zover de donoren elkaar kennen, zullen zij toestemming moeten geven om informatie over zichzelf aan de andere donor te laten meedelen, dan wel zelf deze informatie verstrekken.

6. Informatie over dominotransplantatie

492. Bij een dominotransplantatie valt de orgaanwegname bij de patiënt-donor min of meer samen met een therapeutische ingreep in zijn rechtstreeks belang, nl. een orgaantransplantatie. De vraag rijst of de patiënt-donor afzonderlijk over het gebruik van zijn weggenomen orgaan

²³⁶⁰ Zie *supra* Deel III, Hoofdstuk I, Afd. 2, § 3, C.

²³⁶¹ Antwerpen 14 juni 2001, *T. Gez.* 2004-05, 128, noot T. BALTHAZAR; F. BLOCKX, *Beroepsgeheim*, 2013, 120.

²³⁶² K.C. STEWART en G.A. PATTERSON, "Current Trends in Lung Transplantation", *American Journal of Transplantation* 2001, afl. 1, (204) 207; INSERM, *Transplantation d'organes – Quelles voies de recherche?*, Parijs, Les éditions Inserm, 2009, 338-339.

²³⁶³ R. TROISI, M. PRAET en B. DE HEMPTINNE, "Small-for-Size Syndrome: What Is the Problem?", *Liver Transplantation* 2003, vol. 9, nr. 9, S1; INSERM, *Transplantation d'organes – Quelles voies de recherche?*, Parijs, Les éditions Inserm, 2009, 311-312.

²³⁶⁴ D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 278.

als dominotransplantaat moet worden geïnformeerd. Anders gesteld: kunnen artsen de organen die worden weggenomen bij een ontvanger ingevolge een transplantatie zonder diens geïnformeerde toestemming gebruiken om ze te transplanteren bij een andere patiënt-ontvanger? In Frankrijk is men hier blijkbaar soepel in. Dominodonatie is er onderworpen aan een systeem van vermoede toestemming. Overeenkomstig artikel L1235-2 Code de la Santé Publique mogen de organen die worden weggenomen in het raam van een chirurgische interventie ten behoeve van de patiënt, gebruikt worden voor therapeutische (of wetenschappelijke) doeleinden, tenzij deze patiënt hiertegen verzet uitdrukt na over deze doeleinden geïnformeerd te zijn. Aan de basis van deze regel ligt de gedachte dat de dominotransplantatie voor de donor geen bijkomend risico oplevert en dus geen bijkomende waarborg vereist.²³⁶⁵ Onder het Franse stelsel geldt het louter informeren over het transplantatievoornemen als voldoende garantie.

Een strengere visie wordt daarentegen verdedigd door de Raad van Europa. Volgens artikel 20, lid 1 Transplantatieprotocol EVRM-Bio geldt dat dominotransplantatie enkel geoorloofd is mits de donor geïnformeerd is over de gevolgen en mogelijke risico's en hij zijn geïnformeerde toestemming hiertoe heeft gegeven.²³⁶⁶ De informatie betreft o.a. de bijkomende nood aan testen (op bv. overdraagbare ziekten), gegevensverwerking met het oog op de traceerbaarheid van het lichaamsmateriaal en potentiële risico's ten gevolge van de aanpassing van de transplantatie-ingreep.²³⁶⁷ Ofschoon de Wet op de Orgaandonatie dit niet regelt, was de Nederlandse Gezondheidsraad dezelfde mening toegaan. Zo werd in een advies de nood van toestemming van de donor en informatie over m.n. de grotere complexiteit van de dominoprocedure onderstreept.²³⁶⁸ In het Verenigd Koninkrijk wordt het gebruik van een weggenomen orgaan voor dominotransplantatie eveneens aan geïnformeerde toestemming onderworpen.²³⁶⁹ Dezelfde gedachtegang is ten slotte terug te vinden in de Amerikaanse *Moore*-zaak, waar een arts de milt van een patiënt in het raam van een behandeling had weggenomen, maar veroordeeld werd omdat hij dit lichaamsmateriaal voor wetenschappelijk onderzoek gebruikte zonder de geïnformeerde toestemming van die patiënt.²³⁷⁰

493. In België is de oplossing afhankelijk van de vraag of er een orgaan dan wel een weefsel wordt getransplanteerd. Indien bv. een hart wordt weggenomen en later enkel de hartkleppen worden getransplanteerd bij een derde, dan gaat het niet om de transplantatie van een orgaan, maar van een weefsel. Niet de Orgaantransplantatiewet, maar de Wet Menselijk Lichaamsmateriaal zal dus van toepassing zijn. Indien de donor bij de hartwegname nog geen geïnformeerde toestemming tot de dominohartkleptransplantatie had gegeven, betreft deze transplantatie een 'secundair' gebruik.²³⁷¹ Voor secundair gebruik moet in principe de donor vooraf geïnformeerd toestemmen, tenzij dit onmogelijk is of de vraag ongeëigend zou zijn.²³⁷²

²³⁶⁵ Vgl. A. CLAEYS en C. HURIET, *Rapport sur l'application de la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994*, 1999, 53-54 en 56 ; C. TROUET, *Van lichaam naar lichaamsmateriaal*, 198-199.

²³⁶⁶ Zie daarvoor ook al: Appendix II, 3rd Conference of European Health Ministers, Organ Transplantation, Paris 16-17 November 1987, *VI. T. Gez.* 1987-88, (284) 287.

²³⁶⁷ Memorie van toelichting Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 110.

²³⁶⁸ GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 186.

²³⁶⁹ Human Tissue Authority Code of practice 2: donation of solid organs for transplantation (2014), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, nr. 30. De toestemming tot wegneming in het raam van de therapeutische ingreep is evenwel niet aan de bijzondere vereisten voor levende donoren onderworpen. Hiervoor speelt enkel de common law. Zie Sec. 10(2) Human Tissue Act 2004 (Persons who Lack Capacity to Consent and Transplants) Regulations 2006.

²³⁷⁰ *Moore v. The Regents of the University of California* (1990), 51 Cal.3d 120.

²³⁷¹ Art. 2, 30° Wet Menselijk Lichaamsmateriaal.

²³⁷² Art. 20, § 1 Wet Menselijk Lichaamsmateriaal. Zie hierover: S. PANIS en N. VAN GELDER, "De Wet Menselijk Lichaamsmateriaal van 19 december 2008: een grondige analyse", *T. Gez.* 2010-11, (217) 233-235, nrs. 45-49.

Indien het deel van het lichaamsmateriaal evenwel is weggenomen met het oog op de behandeling van de donor (zoals *in casu* het hart en de hartkleppen) en anders zou mogen worden vernietigd, dan spreekt de wet van ‘residuaire lichaamsmateriaal’²³⁷³ en geldt een bijzondere regel. Zoals in Frankrijk mag dan de toestemming van de donor van de hartkleppen tot transplantatie vermoed worden, voor zover hij over dit gebruik vooraf werd geïnformeerd en niet vóór enige handeling met dit lichaamsmateriaal zijn weigering bekendmaakte.²³⁷⁴

Wanneer het hart in zijn geheel zou worden getransplanteerd bij de derde, dan gaat het wel om een orgaantransplantatie en zal de Orgaantransplantatiewet van toepassing zijn. Dit wil dus zeggen dat de donor overeenkomstig artikelen 5, 8 en 9 Orgaantransplantatiewet geïnformeerd moet toestemmen tot de wegneming van het domino-orgaan voor transplantatiedoeleinden. De Orgaantransplantatiewet bevat geen afzonderlijke regeling voor secundair gebruik. Orgaantransplantatie lijkt trouwens nooit een secundair gebruik (in de zin van de Wet Menselijk Lichaamsmateriaal) na orgaanwegneming te zullen uitmaken. De intentie en toestemming tot transplantatie zal immers al vóór de wegneming aanwezig moeten zijn. Een orgaantransplantatie vereist namelijk een specifieke voorbereiding die reeds vóór en tijdens de wegneming moet starten (bv. preservatiehandelingen en karakterisering). Anders lijkt men nooit tijdig de orgaantransplantatie te zullen kunnen uitvoeren.

494. Dat dominotransplantatie van organen steeds een geïnformeerde toestemming van de donor veronderstelt, valt in principe goed te keuren. In navolging van de Raad van Europa en de Nederlandse Gezondheidsraad kan worden gesteld dat het zelfbepalingsrecht van de donor dit vereist. De orgaanwegneming kan in het raam van een dominoprocedure verschillend zijn van de louter therapeutische transplantatieprocedure, zodat de desgevallend relevante informatie hierover (bv. grotere operationele complexiteit)²³⁷⁵ aan de donor toebehoort. Ook het belang van de ontvanger vereist trouwens de medewerking van de donor. Deze laatste zal immers moeten meewerken aan de karakterisering met het oog op de domino-procedure. Hij zal voor de karakteriseringsonderzoeken krachtens artikel 8 WPR een geïnformeerde toestemming moeten geven.

Slechts in één bijzondere situatie kan het vereiste van geïnformeerde toestemming tot dominotransplantatiegerichte orgaanwegneming te strak overkomen. Wanneer de donor bewusteloos is en zelf een dringende orgaantransplantatie ondergaat, dan zou het weggenomen orgaan desgevallend wel voor een dominotransplantatie kunnen gebruikt worden zonder de voorafgaande geïnformeerde toestemming van de donor. Net zoals artsen mogen vermoeden dat een bewusteloze patiënt in een noodsituatie zou toestemmen met iedere noodzakelijke tussenkomst ten behoeve van zijn gezondheid,²³⁷⁶ kan het ook gerechtvaardigd zijn om een toestemming tot dominotransplantatie ten behoeve van het gezondheidsbelang van een medemens te vermoeden. Er zal in dergelijk geval dan een beroep moeten worden gedaan op de noodtoestand om een afwijking van artikelen 5, 8 en 9 Orgaantransplantatiewet te rechtvaardigen. Weliswaar kan de wetgever niet verweten worden hier niet aan gedacht te hebben, aangezien deze situatie uiterst zeldzaam zal zijn.

²³⁷³ Art. 2, 33° Wet Menselijk Lichaamsmateriaal.

²³⁷⁴ Art. 20, § 2 Wet Menselijk Lichaamsmateriaal.

²³⁷⁵ Vgl. J.P. SCOTT *et al.*, “The Ethics of Domino Heart Transplantation” in W. LAND en J.B. DOSSETOR (eds.), *Organ Replacement Therapy*, 1991, (541) 541.

²³⁷⁶ Zie art. 8, § 5 Wet Patiëntenrechten.

§ 6. UITZONDERINGEN OP DE INFORMATIEPLICHT

A. *Verzwijgingen op initiatief van de arts*

495. In bepaalde gevallen mag een arts relevante informatie over de *gezondheidstoestand* en de vermoedelijke ontwikkeling ervan verzwijgen ten aanzien van zijn patiënt. Overeenkomstig artikel 7, § 4 Wet Patiëntenrechten mag de arts deze informatie enkel in uitzonderlijke gevallen onthouden aan de patiënt, voor zover het meedelen ervan klaarblijkelijk ernstig nadeel voor de gezondheid van de patiënt zou meebrengen en mits hierover een andere beroepsbeoefenaar werd geraadpleegd. Dit wordt de ‘therapeutische exceptie’ genoemd. Concreet kan worden gedacht aan het achterhouden van informatie omdat ze de ziekte zou verergeren, de angst van de patiënt zou doen toenemen zodat die niet meer tot een beslissingsproces in staat is²³⁷⁷ of een negatief effect op het succes van de behandeling zou hebben.

Met betrekking tot (relevante) informatie over *een specifieke tussenkomst* wordt de therapeutische exceptie echter niet uitdrukkelijk in de wet erkend. Een deel van de rechtsleer leidt hieruit dan ook af dat de therapeutische exceptie niet geldt ten aanzien van informatie over een specifieke tussenkomst.²³⁷⁸ Een ander deel van de rechtsleer acht m.i. terecht de therapeutische exceptie dan weer wel mogelijk, maar slechts op grond van de noodtoestand als rechtvaardigingsgrond.²³⁷⁹ Artikel 7, § 4 Wet Patiëntenrechten kan worden gezien als een wettelijke bevestiging van de noodtoestand, die in beginsel ook op iedere andere situatie kan worden toegepast. Dit betekent dat de informatie kan worden verzwegen indien de patiënt redelijkerwijze niet in staat is tot besluitvorming, maar zijn gezondheidstoestand in onmiddellijk gevaar is. M.a.w. zal de therapeutische exceptie aangaande een specifieke tussenkomst slechts kunnen worden ingeroepen indien de behandeling dringend is.²³⁸⁰ Het betreft een belangenafweging tussen enerzijds het zelfbepalingsrecht en anderzijds het gezondheidsbelang van deze persoon.

Betekent het voorgaande dat een arts in noodgevallen ook bepaalde informatie over de orgaanwegneming bij leven kan onthouden aan de donor? De therapeutische exceptie wordt voorlopig enkel aanvaard voor gevallen waarbij het therapeutisch nut van de tussenkomst hoog is. Gering therapeutisch nut of een gebrek daaraan levert onvoldoende tegengewicht om een noodtoestand te creëren en het zelfbepalingsrecht opzij te zetten.²³⁸¹ Bijgevolg wordt eensluidend in de rechtsleer aanvaard dat de therapeutische exceptie niet mogelijk is ten aanzien van een orgaandonor, omdat de orgaanwegneming voor hem *geen* medisch of therapeutisch nut heeft.²³⁸² Logischerwijze leidt deze redenering tot eenzelfde besluit aangaande de therapeutische exceptie op informatie over onderzoeken die de orgaanwegneming voorafgaan.

²³⁷⁷ Gent 11 maart 1992, *T. Gez.* 1995-96, 54, noot T. VANSWEEVELT.

²³⁷⁸ W. DIJKHOFFZ, “Het recht op informatie en geïnformeerde toestemming”, *T. Gez.* 2003-04, (104) 106.

²³⁷⁹ T. VANSWEEVELT en S. TACK, *o.c.* in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (331) 389. In die zin ook: Gent 11 maart 1992, *T. Gez.* 1995-96, 54, noot T. VANSWEEVELT. Zie over de noodtoestand *supra* Hoofdstuk II, Afd. 2., § 2, D.1. van dit Deel.

²³⁸⁰ T. VANSWEEVELT en S. TACK, *o.c.* in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (331) 389.

²³⁸¹ T. VANSWEEVELT en S. TACK, *o.c.* in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (331) 389.

²³⁸² I. BOONE, *o.c.*, *TPR* 1996, (91) 115; W. DIJKHOFFZ, *o.c.*, *T. Gez.* 2003-04, (104) 106; A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, 1999, 86-87; B. DICKENS, *o.c.* in A. GRUBB (ed.), *Principles of medical law*, 2004 (2^{de} ed), (1025) 1058; H.-L. SCHREIBER, *o.c.* in W. LAND en J.B. DOSSETOR (eds.), *Organ Replacement Therapy*, 1991, (13) 16; N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nr. 154, die ook wijst op het uitzonderingskarakter van de therapeutische exceptie. Zie ook: Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220/9, 34, waar werd gezegd dat de voorlichting ‘eerlijk’ moet zijn.

Deze onderzoeken vinden immers hun reden in de orgaanwegneming en zullen in principe evenmin een hoog therapeutisch nut behelzen.

496. Hoewel in beginsel kan worden ingestemd met het vereiste van een hoog therapeutisch nut, kan niet volledig worden ingestemd met de geldende doctrinale stelling die de therapeutische exceptie afwijst *omdat* orgaanwegneming helemaal geen therapeutisch nut heeft voor de donor. In dit proefschrift wordt verdedigd dat een orgaanwegneming voor een levende donor wel degelijk een therapeutisch voordeel kan hebben, namelijk op psychosociaal vlak.²³⁸³ Theoretisch gezien mag een gebrek aan therapeutisch nut dus geen argument zijn om de noodtoestand en daarmee de therapeutische exceptie af te wijzen. *De facto* lijkt dit psychosociaal voordeel echter vaak te gering te zullen zijn om een inmenging in het zelfbepalingsrecht te rechtvaardigen. Dit geldt eens te meer nu dit psychosociaal voordeel deels afhankelijk is van het al dan niet vrij en geïnformeerd kunnen toestemmen.²³⁸⁴

Verder is het onnauwkeurig om enkel rekening te houden met het al dan niet bestaan van een therapeutisch nut voor de donor. Op de keper beschouwd heeft de orgaanwegneming wel degelijk een hoog therapeutisch nut, maar dan voor een ander persoon dan de donor, namelijk de ontvanger. De rechtsfiguur van de noodtoestand laat in beginsel toe dat niet enkel een belangenafweging wordt gemaakt tussen de belangen van eenzelfde persoon, maar ook dat de belangen van verschillende personen tegenover elkaar worden geplaatst. Maar ook al kan de noodtoestand theoretisch gezien in die zin worden toegepast, dan nog zal dit *de facto* een therapeutische exceptie bij orgaanwegneming weinig vanzelfsprekend maken. Een beroep op de noodtoestand houdt in dat de arts een afweging zal moeten maken tussen het zelfbepalingsrecht van de donor en het gezondheidsbelang van de ontvanger. Gelet op het grote belang dat in de huidige samenleving aan het zelfbepalingsrecht wordt gehecht, kan maar moeilijk worden gerechtvaardigd dat het zelfbepalingsrecht door een arts of zelfs een rechter wordt onttrokken aan de donor in het voordeel van de ontvanger.²³⁸⁵ De ontvanger zou op zijn minst in levensgevaar moeten verkeren. Ook overeenkomstig artikel 422*bis*, lid 1 Sw. is er immers pas een verplichting om hulp te verlenen of te verschaffen aan iemand die in groot gevaar verkeert. Maar zelfs dan nog is deze hulpverleningsplicht beperkt tot de gevallen waarin de hulp kan worden verschaft zonder ernstig gevaar voor zichzelf.²³⁸⁶ Wanneer dergelijke hulp de persoon blootstelt aan een ernstig gevaar, wat het geval is voor orgaanwegneming,²³⁸⁷ dan valt de beslissing tot hulpverlening naar de geest van artikel 422*bis* Sw. volledig binnen de appreciatiemarge van die persoon. Om dergelijke appreciatie te kunnen uitvoeren, moet informatie over de relevante aspecten cruciaal worden geacht. Het louter feit dat de donor bv. een veroordeelde misdadiger is, waardoor zijn leven door de arts minder waardevol wordt geacht en deze laatste bepaalde risico's verzwijgt of incorrect meedeelt, is op zich geen argument om te kunnen spreken van een noodtoestand.²³⁸⁸ Het feit dat iemand veroordeeld is, leidt in principe niet tot het verdwijnen van zijn recht op fysieke integriteit.

Ten slotte kan tegenover het belang van de donor of van de ontvanger nog het algemeen belang worden geplaatst om de wenselijkheid van een therapeutische exceptie bij orgaandonatie

²³⁸³ Zie *supra* Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, B van dit Deel.

²³⁸⁴ Zie *infra* Hoofdstuk IV, Afd. 1, § 2, B.2.a. van dit Deel.

²³⁸⁵ Zie in die zin ook: G. DEN HARTOGH, *o.c.* in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2008, (221) 223.

²³⁸⁶ Art. 422*bis*, lid 2 Sw.

²³⁸⁷ Zie ook *infra* Hoofdstuk IV, Afd. 2, § 2, A van dit Deel.

²³⁸⁸ W. HINKLE, *o.c.*, *Ind. L. Rev.* 2002, vol. 35, (593) 610-611.

in twijfel te trekken. Orgaanwegneming bij levende donoren moet steeds zo geschieden dat het publieke vertrouwen niet wordt beschadigd.²³⁸⁹ Dit vertrouwen is cruciaal voor de bereidwilligheid tot orgaandonatie en dus het algemene orgaanaanbod.²³⁹⁰ Een levende donor kan zich echter al gauw kwaad of verraden voelen, indien hij achteraf ontdekt dat bepaalde dingen voor hem werden verzwegen.²³⁹¹ Indien hij met deze frustratie te koop loopt en/of het ongenueanceerd in de media bekend raakt dat artsen belangrijke informatie verzwijgen, dan zou dit tot een schandaal kunnen uitgroeien. Zo zou het vertrouwen in transplantatiecentra en daarmee de bereidwilligheid tot orgaandonatie sterk kunnen afnemen. Dit zou ingaan tegen het hele opzet van de Orgaantransplantatiewet.

B. Verzwijgingen op vraag van de donor

497. Indien de patiënt er uitdrukkelijk om verzoekt, mag de informatie over zijn gezondheidstoestand of over een welbepaalde tussenkomst *niet* aan hem worden verstrekt (art. 7, § 3 en art. 8, § 3 Wet Patiëntenrechten). Dit wordt het ‘recht op niet-weten’ genoemd. Het betreft, net zoals het recht op informatie, een toepassing van het zelfbepalingsrecht.²³⁹² Zo kan het zijn dat de patiënt het resultaat van een bloedtest niet wil weten, omdat hij vreest dat zijn keuzes in zijn verdere leven erdoor nadelig zullen worden beïnvloed. De patiënt kan ook gewoon ongeïnteresseerd zijn of blindelings vertrouwen op de arts. Al vóór de Wet Patiëntenrechten werd het recht op niet-weten aanvaard op basis van de theorie van rechtsafstand.²³⁹³ De Wet Patiëntenrechten stelt echter wel een beperking op het recht op niet-weten. De ongewenste informatie moet sowieso aan de patiënt worden meegedeeld indien het niet meedelen ervan klaarblijkelijk een ernstig nadeel voor de (fysieke, psychische en sociale) gezondheid van de patiënt of derden oplevert en mits hierover een ander beroepsbeoefenaar en desgevallend de vertrouwenspersoon van de patiënt werd geraadpleegd. Zo wordt aanvaard dat bv. het resultaat van een Hiv-test of de invloed van een ziekte op de rijvaardigheid van de patiënt normaal wel moeten worden gemeld, ook al wenst de patiënt dit niet.²³⁹⁴ Evenzo wordt verdedigd dat afstand van het recht op toestemmingsinformatie niet mogelijk is bij ingrepen met een risico op aanzienlijke schade of ernstige gevolgen (bv. amputatie van een ledemaat, bepaalde niet-therapeutische experimenten).²³⁹⁵

Kan een kandidaat-orgaandonor een recht op niet-weten invoeren om geen of slechts beperkte informatie over de orgaanwegneming te moeten ontvangen?²³⁹⁶ Uit de Orgaantransplantatiewet moet een ontkennend antwoord worden afgeleid. Terwijl het informatievereiste in het raam van de Wet Patiëntenrechten principieel als een *recht* van de patiënt wordt geponeerd, wordt het informatievereiste in artikel 9, lid 2 Orgaantransplantatiewet als een *plicht* voor de arts geformuleerd. Het nalaten van de arts om de vereiste informatie te verstrekken aan de donor is een wanbedrijf, zelfs al verklaart de donor dat hij de nadelen niet

²³⁸⁹ Ook in die zin: THE ETHICS COMMITTEE OF THE TRANSPLANTATION SOCIETY, o.c., *Transplantation* 2004, vol. 78, nr. 4, (491) 491.

²³⁹⁰ Cf. *supra* Deel II, Hoofdstuk I, Afd. 1, § 2, B.1.

²³⁹¹ R.H. DEES, o.c., *J. L. Med. & Ethics* 2013, (323) 330.

²³⁹² W. DIJKHOFFZ, o.c., *T. Gez.* 2003-04, (104) 105; T. VANSWEEVELT en S. TACK, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (331) 342.

²³⁹³ T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, 1992, nrs. 447 e.v.

²³⁹⁴ T. VANSWEEVELT en S. TACK, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (331) 343-344.

²³⁹⁵ T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, 1992, nr. 449 en nrs. 452-455; T. VANSWEEVELT en S. TACK, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (331) 386-387.

²³⁹⁶ Zie reeds: Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220/9, 36.

wil kennen en ongeacht de risico's zou toestemmen.²³⁹⁷ Het strafrechtelijk karakter van deze informatieplicht houdt in dat de wil van de patiënt de arts niet van de informatieplicht kan vrijstellen. Het wordt immers algemeen aanvaard dat de toestemming van het 'slachtoffer' op zich niet het strafrechtelijk karakter van een misdrijf kan wegnemen, aangezien de strafwet van openbare orde is.²³⁹⁸ Bijgevolg verzet de Orgaantransplantatiewet zich tegen een recht op het niet-weten van de relevante informatie over orgaanwegname.²³⁹⁹ Indien de donor de gevolgen niet wil kennen, dan zal de orgaanwegname niet geldig kunnen plaatsvinden. Dit besluit kan ook worden gesteund op het evenredigheidsvereiste uit artikel 3, § 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet en daarmee het gezondheidsbelang van de donor. Het gebrek aan informatie kan leiden tot onrealistische verwachtingen die uitmonden in psychosociale nadelen voor de donor. Aldus zou het verzwijgen van informatie de psychosociale aanvaardbaarheid van de selectie als donor in het gedrang kunnen brengen. Het vermijden van dergelijke incidenten is dan weer gunstig voor het imago van orgaantransplantatie, wat ten goede komt aan de donatiebereidheid en dus het collectief belang van kandidaat-ontvangers. Al deze overwegingen lijken op te wegen tegen de inperking van het recht op zelfbepaling van de donor door hem het recht op niet-weten bij wet te ontfagen. Bijgevolg kan deze wettelijke beperking worden beschouwd als nodig voor de bescherming van legitieme belangen, zodat aan de toets van artikel 8, lid 2 EVRM voldaan lijkt te zijn. Dit sluit ook aan bij de rechtsleer die stelt dat afstand van het recht op informatie niet mogelijk is voor ingrepen die ernstige gevolgen kunnen meebrengen.

498. De strenge houding van de Orgaantransplantatiewet gaat weliswaar gepaard met enkele nuances. De wetgever verwees ten eerste zelf al naar het opportuniteitsbeginsel inzake de vervolging van misdrijven.²⁴⁰⁰ Het openbaar ministerie kan besluiten om de arts niet te vervolgen indien het dit niet opportuun acht. Zo kan de donor in de praktijk onwetend blijven. Indien wel wordt vervolgd en de strafrechter toch uitspraak zou moeten doen, kan deze bovendien rekening houden met de (verzachtende) omstandigheden (art. 79 e.v. Sw.).²⁴⁰¹ Deze nuances bieden natuurlijk weinig rechtszekerheid voor de arts.

Ten tweede valt de donor wat betreft de pre- en postoperatieve medische handelingen niet onder het verbod op niet-weten uit artikel 9, lid 2 Orgaantransplantatiewet. Bijgevolg heeft de donor overeenkomstig artikel 7, § 3 en 8, § 3 Wet Patiëntenrechten hieromtrent in principe wel een recht op niet-weten. Concreet kunnen er bv. bij het onderzoeken van de compatibiliteit tussen donor en ontvanger bepaalde aandoeningen bij de donor vastgesteld worden. Voor zover deze aandoeningen geen klaarblijkelijk ernstig nadeel voor de gezondheid van de donor of derden opleveren, moet de arts deze algemene gezondheidsinformatie achterhouden indien de donor hier uitdrukkelijk om verzocht heeft en vooraf een andere beroepsbeoefenaar en desgevallend de vertrouwenspersoon van de donor hierover heeft geraadpleegd. De arts zal zich

²³⁹⁷ Art. 17, § 3, lid 1 Orgaantransplantatiewet; Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220/9, 36. Dezelfde mening werd vertolkt door: A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, 1999, 203.

²³⁹⁸ Zie *supra* Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, C van dit Deel.

²³⁹⁹ Vgl. J. SIJMONS, "Beschikken over organen na overlijden: organen als collectieve nalatenschap?", *NTBR* 2013, (259) 262. Schijnbaar *contra* voor Frankrijk: M.-C. DOCK, "Prélèvement d'organes et de tissus sur des donneurs vivants à des fins de transplantation" in H. GROS ESPIELL, J. MICHAUD en G. TEBOUL (eds.), *Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine: analyses et commentaires*, Parijs, Economica, 2010, (359) 365.

²⁴⁰⁰ Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220/9, 36.

²⁴⁰¹ Vgl. Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220/9, 36; M.T. MEULDERS-KLEIN en B. MAINGAIN, "Le droit de disposer de soi-même. Étendue et limites en droit comparé" in JOURNÉES D'ÉTUDES JURIDIQUES JEAN DABIN (ed.), *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs: contribution à l'étude du règlement juridique des conflits de valeurs en droit pénal, public et international*, Brussel, Bruylant, 1982, (215) 228-229, nr. 20.

dan moeten beperken tot bv. de melding dat de donor niet geschikt is, indien de vastgestelde aandoening een veilige transplantatie verhindert.

Een derde nuance is gelegen in het feit dat in theorie de noodtoestand van toepassing kan zijn²⁴⁰² als een rechtvaardigingsgrond voor de overtreding van artikel 9, lid 2 Orgaantransplantatiewet. Er kan verwezen worden naar de belangenafweging tussen het zelfbepalingsrecht van de donor en het gezondheidsbelang van de ontvanger, die *supra* bij de therapeutische exceptie werd gemaakt. Het verschil zit hem hier nu echter in het feit dat niet de arts, maar de donor zelf het achterhouden van informatie initieert. Het recht op niet-weten is veel duidelijker ingegeven uit respect voor het zelfbepalingsrecht dan de therapeutische exceptie. De belangenafweging tussen het recht op zelfbepaling en het gezondheidsbelang van de ontvanger stelt zich minder scherp dan bij de therapeutische exceptie. Rekening houdende met de stelling dat naast autonomie de intersubjectiviteit en solidariteit eveneens fundamentele waarden zijn,²⁴⁰³ kan m.i. in zeldzame gevallen op basis van de noodtoestand een recht op niet-weten van de donor worden verdedigd. Concreet kan bv. worden gedacht aan het niet willen weten van het bestaan van minder goede alternatieven dan transplantatie met een levende donor in geval van urgentie.

Afdeling 6. Oordeelkundig karakter

§ 1. DE GEVOLGEN KENNEN EN KUNNEN BEGRIJPEN

499. Overeenkomstig artikel 9, lid 3 Orgaantransplantatiewet moet de beslissing van de donor ‘oordeelkundig’ (*avec discernement*) zijn gemaakt. Wat houdt dit juist in? In de parlementaire stukken bij de totstandkoming van de Orgaantransplantatiewet werd toegelicht dat de uitdrukking ‘oordeelkundig’ vereist dat de donor gezond van geest is.²⁴⁰⁴ Dit slaat op het vereiste van wilsbekwaamheid. Dit vereiste volgt weliswaar al uit artikel 5, lid 2 Orgaantransplantatiewet en uit de voorwaarde van een vrije en bewuste toestemming van artikel 8, § 1 Orgaantransplantatiewet (zie *supra* § 2 van deze afdeling). Tot zover voegt de voorwaarde van oordeelkundigheid dus niets wezenlijks toe.

500. Oordeelkundigheid veronderstelt volgens de wetgever eveneens dat de donor geïnformeerd is.²⁴⁰⁵ De oordeelkundigheid is dus ruimer dan de loutere wilsbekwaamheid. Men kan in principe wilsbekwaam tot iets toestemmen zonder dat dit geïnformeerd gebeurt. Dat de toestemming geïnformeerd moet zijn, volgt echter ook al uit artikel 9, lid 2 Orgaantransplantatiewet (zie *supra* § 4 van deze afdeling). Ook hier brengt de voorwaarde van oordeelkundigheid dus geen inhoudelijke toevoeging mee.

§ 2. DE GEVOLGEN EFFECTIEF BEGRIJPEN

501. Er kan strikt genomen een onderscheid worden gemaakt tussen het kennen en kunnen begrijpen van de gevolgen van orgaanwegneming enerzijds en deze gevolgen ook effectief

²⁴⁰² Zie: T. VANSWEEVELT en S. TACK, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (331) 384-385.

²⁴⁰³ Advies nr. 2 van 7 juli 1997 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek betreffende het verdrag Mensenrechten en Biogeneeskunde van de Raad van Europa, <http://www.health.belgium.be>, 5.

²⁴⁰⁴ Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220/9, 36-37.

²⁴⁰⁵ Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220/9, 37, met verwijzing naar Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 1980-1981, nr. 774-1, 7.

begrijpen anderzijds. Zo benadrukken verschillende buitenlandse auteurs dat de donor de gevolgen van de orgaanwegneming ook effectief moet begrijpen.²⁴⁰⁶ In Nederland is zelfs expliciet in de wet vereist dat de donor zijn toestemming moet verlenen in het ‘besef van de gevolgen’.²⁴⁰⁷ Schijnbaar in die zin heeft ook de Franse wetgever bepaald dat moet worden vastgesteld dat de donor “*a mesuré les risques et les conséquences du prélèvement au vu de l'information qui lui a été délivrée*”.²⁴⁰⁸

Er kan m.i. worden gesteld dat ‘oordeelkundig’ eveneens impliceert dat de donor de gevolgen effectief begrijpt. Hoe kan een beslissing anders oordeelkundig, d.w.z. blijk gevend van een gezond oordeel,²⁴⁰⁹ zijn? Echter, zelfs in die zin biedt het vereiste van oordeelkundigheid weinig toegevoegde waarde. Zo kan al uit artikel 9, lid 2 Orgaantransplantatiewet worden afgeleid dat de donor de gevolgen moet begrijpen. Deze bepaling stelt immers dat de arts de donor ‘duidelijk’ moet inlichten. Ook uit artikel 8, § 1 Orgaantransplantatiewet kan dit worden afgeleid. Indien de donor de gevolgen niet effectief begrijpt, zou er sprake kunnen zijn van dwaling of bedrog, zodat er geen bewuste toestemming is. Ten slotte vereist ook het vaststellen van de wilsbekwaamheid doorgaans dat wordt nagegaan of de donor de gevolgen *in casu* begrijpt.

Het vereiste van oordeelkundigheid kan bijgevolg nog het best worden beschouwd als een herformulering van de hier vermelde toestemmingskenmerken om hun belang in het raam van de controle door de arts te benadrukken.²⁴¹⁰

Afdeling 7. Formeel karakter

§ 1. GRONDSLAG

502. Voor gezondheidszorgverstrekkingen is de toestemming van de patiënt in principe niet aan vormvereisten onderworpen. De mondelinge of zelfs de stilzwijgende toestemming kan volstaan, hoewel op verzoek van de patiënt of de beroepsbeoefenaar de toestemming schriftelijk kan worden vastgelegd en toegevoegd aan het patiëntendossier.²⁴¹¹

De toestemming van de orgaandonor tot orgaanwegneming is daarentegen slechts geldig indien ze aan bepaalde vormvereisten voldoet. Volgens artikel 8, § 2 Orgaantransplantatiewet moet iedere toestemming schriftelijk én in het bijzijn van een meerderjarige getuige worden gegeven. Zonder de vervulling van deze vormvereisten is de toestemming niet geldig. De

²⁴⁰⁶ K. LOBAS, o.c., *Seton Hall Legis. J.* 2005-06, vol. 30, (475) 493; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008 279-280; A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, 1999, 83, 89 en 203; M. ABECASSIS *et al.*, o.c., *JAMA* 2000, vol. 284, (2919) 2920; E. MIDOLO *et al.*, “The Legislation on Living Organ Donation in Western Europe: Legal and Ethical Analysis and Impact on Clinical Practice”, *Transpl. Proc.* 2013, vol. 45, (2576) 2579; A.J. KOFFRON en M. ABECASSIS, “Institutional Needs for Living Donor: Liver Transplantation” in R.W.G. GRUESSNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, 2008, (448) 449; J.F. RANG, o.c., *TvGR* 1979, (14) 21; A. LIU, o.c. in M. FREEMAN en A. D.E. LEWIS, *Law and medicine*, 2000, (473) 478-479; S.G. JOWSEY en T.D. SCHNEEKLOTH, o.c., *Transplantation Reviews* 2008, vol. 22, (192) 195; Opinion 2.15 – Transplantation of Organs from Living Donors, AMA Code of Medical Ethics, <http://www.ama-assn.org>; Para. 32 en 146 Human Tissue Authority Code of practice 1: Consent (2009), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm. Zie ook voor België in het algemeen: F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het burgerlijk recht*, 2001 548. *Contra*: A. SPITAL, o.c., *AJKD* 2001, vol. 38, nr. 1, 189-195, m.b.t. tot gerelateerde donoren.

²⁴⁰⁷ Art. 3, lid 2 Wet Orgaandonatie; D.Y.A. MEERSBERGEN, o.c. in G.R.J. DE GROOT, T.A.M. VAN DEN ENDE, L.E. KALKMAN-BOGERD en J.J.M. LINDERS (eds.), *Gezondheidsrecht: tekst & commentaar*, Deventer, Kluwer, 2013, (1481) 1491. Voor het overige stellen maar weinig landen dergelijk begripsvereist expliciet in hun wetgeving: L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 60-61 en 277.

²⁴⁰⁸ Art. R1231-1, al. 3 Code de la santé publique.

²⁴⁰⁹ Tw. ‘oordeelkundig’ in Dikke Van Dale online woordenboek.

²⁴¹⁰ Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220/9, 37. Zie over deze controle *infra* Afd. 9, § 2, A.1. van dit Hoofdstuk.

²⁴¹¹ Art. 8, § 1, lid 2 en 3 Wet Patiëntenrechten.

schending van deze voorwaarden is een wanbedrijf dat gestraft kan worden met een gevangenisstraf van drie maanden tot een jaar en/of een geldboete van 1.000 tot 10.000 euro.²⁴¹² Het betreft een uitzondering op het principe van vrijheid van bewijs in strafzaken.²⁴¹³

503. De vormvereisten in de Orgaantransplantatiewet dienen volgens de wetgever om “*alle twijfel en misbruik*” te vermijden.²⁴¹⁴ De wetgever heeft echter niet gespecificeerd waarover kan getwijfeld worden of waarvan misbruik kan worden gemaakt. Nochtans moet er toch een overtuigende reden bestaan om de niet-naleving van deze formaliteiten door de arts te beschouwen als een wanbedrijf. Op de keper beschouwd kan de rechtvaardiging van de vormvereisten gezocht worden in de bescherming van twee belangen.

Allereerst kan er gedacht worden aan de belangen van de *arts*. Volgens A. Garwood-Gowers en G. Genicot moet het geschriftvereiste in verband worden gebracht met het ingrijpende karakter van de orgaanwegneming voor de donor.²⁴¹⁵ Dit ingrijpend karakter verhoogt m.i. het risico op ernstige nadelen voor de donor en de kans op latere geschillen. Het is dan ook van belang om zekerheid te hebben dat de donor werkelijk wilde doneren. Het geschrift kan in geval van geschil bescherming bieden aan de arts.²⁴¹⁶ Als bewijsmiddel kan het geschrift immers twijfel over het bestaan van een toestemming vermijden en rechtszekerheid voor de arts creëren. De mogelijkheid voor de donor om krachtens artikel 8, § 1 Orgaantransplantatiewet te allen tijde en vormvrij de toestemming tot orgaanwegneming te herroepen, beperkt echter enigszins de bescherming van de arts en daarmee het nut van een geschrift voor hem.²⁴¹⁷ Hoe dan ook kan m.i. het louter private belang van de arts alleen niet rechtvaardigen dat het gebrek aan geschrift en getuige tot strafbaarstelling van de arts leidt. Er moet dus nog een ander belang gezocht worden.

Zo kan er vanzelfsprekend ook gedacht worden aan het belang van de *donor* om niet aan misbruik te worden blootgesteld. De patiënt, dan wel het Openbaar Ministerie draagt in principe de bewijslast van een gebrek aan toestemming.²⁴¹⁸ Door de voorwaarde van een schriftelijke toestemming mét getuige zouden zij hiertoe dan eenvoudig kunnen opwerpen dat er geen toestemmingsgeschrift bestaat. De arts zal zich dan niet meer kunnen verschuilen achter een vermeende mondelinge of zelfs stilzwijgende toestemming, waarvan de waarachtigheid moeilijk te weerleggen kan zijn. Door als zodanig een bewijsvoordeel te bieden, wordt de donor beter beschermd tegen onvrijwillige orgaanwegneming.²⁴¹⁹ Het grote belang van de individuele vrijheid vereist dit. Door het vereisen van een voorafgaand geschrift (en het betrekken van een getuige) zou de donor bovendien ertoe worden aangezet om nog eens goed na te denken

²⁴¹² Art. 8, § 2 *juncto* 17, § 3, lid 1 Orgaantransplantatiewet. Dat de schending van de vormvereisten op zich reeds strafbaar is, volgt m.i. onmiskenbaar uit de tekst van de wet, hoewel de wetgever dit in de memorie van toelichting bij de Orgaantransplantatiewet blijkbaar over het hoofd zag: Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 1984-1985, nr. 832-1, 12-13.

²⁴¹³ Zie over dit principe: A. DIERICKX, *Toestemming en strafrecht*, 2006, 378.

²⁴¹⁴ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 1984-1985, nr. 832/1, 9.

²⁴¹⁵ A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, 1999, 107; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2010, 734. In dezelfde zin: Human Tissue Authority Code of practice 2: donation of solid organs for transplantation (2014), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, nr. 75.

²⁴¹⁶ Vgl. T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, 1992, 232; J.-P. DOLL, *La discipline des greffes, des transplantations et des autres actes de disposition concernant le corps humain*, 1970, 69; J.E.M. AKVELD, *Transplantatie en wetgeving*, 1987, 101; T. GRUEL, *Le droit ébranlé par les manipulations du corps*, 2002, 495, nr. 890; Advies van de Raad van State, *Parl. St.* Kamer 1980-81, nr. 774-1, 16; L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 274; T. VANSWEEVELT en S. TACK, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (331) 398.

²⁴¹⁷ T. GRUEL, *Le droit ébranlé par les manipulations du corps*, 2002, 495-496, nr. 890.

²⁴¹⁸ Voor de ontvanger: art. 870 Ger.W. en art. 1315 BW. Voor het OM: art. 6, lid 2 EVRM (impliciet).

²⁴¹⁹ In dezelfde zin: T. VANSWEEVELT en S. TACK, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (331) 398; D.Y.A. MEERSBERGEN, o.c. in G.R.J. DE GROOT, T.A.M. VAN DEN ENDE, L.E. KALKMAN-BOGERD en J.J.M. LINDERS (eds.), *Gezondheidsrecht*, 2013, (1481) 1498.

alvorens toe te stemmen.²⁴²⁰ Het formalisme dient dan met andere woorden ter bescherming van het zelfbepalingsrecht en het waarborgen van een oprechte beslissing.²⁴²¹ Weliswaar zouden de formaliteiten evengoed beschouwd kunnen worden als een beperking op het zelfbepalingsrecht. De vormvereisten beperken immers de gevallen waarin de toestemming van de donor uitwerking kan hebben. Voor een wetgever die een restrictieve houding aanneemt ten aanzien van orgaanwegname bij leven, vormt dit uiteraard geen bezwaar. De formaliteiten betreffen overigens vaak slechts een relatief kleine moeite, zodat ze tegenover een beperking van het zelfbepalingsrecht proportioneel kunnen worden geacht.²⁴²²

§ 2. DE SCHRIFTELIJKE TOESTEMMING

504. Krachtens het geschriftvereiste uit artikel 8, § 2 Orgaantransplantatiewet is een stilzwijgende of uitdrukkelijke, maar louter mondelinge toestemming niet voldoende. Het geschriftvereiste is kenmerkend voor fysieke aantastingen met gering therapeutisch nut²⁴²³ en komt ook buiten België stevast voor.²⁴²⁴

Overeenkomstig artikel 15 Orgaantransplantatiewet heeft de Koning de bevoegdheid om nader te bepalen hoe deze schriftelijke toestemming precies moet worden uitgedrukt.²⁴²⁵ Deze bevoegdheid werd uitgeoefend bij KB van 30 oktober 1986 tot regeling van de wijze waarop de toestemming tot het wegnemen van organen en weefsels bij levenden wordt uitgedrukt (hierna: KB Levende Donor).²⁴²⁶ Hieruit volgt dat het geschrift, naast de eigenlijke verklaring van toestemming, op straffe van nietigheid enkele minimale vermeldingen moet bevatten. De sanctie betreft meer bepaald een absolute nietigheid, zodat de rechter de niet-naleving van de vormvereisten ambtshalve zou kunnen opwerpen. Dit volgt uit de strafbaarstelling van de schending van de vormvereisten.²⁴²⁷

505. Concreet moet het toestemmingsformulier de naam en de leeftijd²⁴²⁸ van de donor bevatten, evenals een handtekening en dagtekening door de donor.²⁴²⁹ De hand- en dagtekening moet dus door de donor *zelf* worden geplaatst.²⁴³⁰

Het KB Levende Donor vermeldt nog dat het geschrift ook de naam, leeftijd, handtekening en dagtekening van de (andere) personen die hun toestemming moeten geven,

²⁴²⁰ J.E.M. AKVELD, *Transplantatie en wetgeving*, 1987, 101; T. GRUEL, *Le droit ébranlé par les manipulations du corps*, 2002, 495, nr. 889; L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 274.

²⁴²¹ D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008 271; Memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, 22.358, nr. 3, 11. Vgl. ook M.A.J.M. BUIJSEN en J.E.M. AKVELD, o.c. in H.E.G.M. HERMANS en M.A.J.M. BUIJSEN (eds.), *Recht en gezondheidszorg*, 2006, (163) 186.

²⁴²² L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 274.

²⁴²³ Zie o.a.: art. 350, lid 2, 3° Sw (abortus); art. 10, § 5, lid 2 Wet Menselijk Lichaamsmateriaal (weefsel- en celdonatie); art. 6, § 1, lid 2 Wet Medische Experimenten; art. 3, § 4 Euthanasiewet.

²⁴²⁴ Vgl. Nederland: art. 6 Wet Orgaandonatie. Zie voor Frankrijk: art. R1231-3 Code de la santé publique; T. GRUEL, *Le droit ébranlé par les manipulations du corps*, 2002, 497, nr. 894. Engeland: Human Tissue Authority Code of practice 2: donation of solid organs for transplantation (2014), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, nr. 75. Verenigde Staten: 42 C.F.R. § 482.102(b). Ook in de aanbevelingen van het ACOT (ACOT Recommendation 1, www.organdonor.gov) en in de beleidslijnen van het OPTN (OPTN Policy 14.3.A.ii, www.optn.transplant.hrsa.gov) kan de voorwaarde van een geschreven toestemming teruggevonden worden. Raad van Europa: artikel 19, lid 2 EVRM-Bio en artikel 13, lid 2 Transplantatieprotocol EVRM-Bio.

²⁴²⁵ De plaatsing van artikel 15 Orgaantransplantatiewet in hoofdstuk IV (slot- en strafbepalingen) van deze wet is niet logisch. Inhoudelijk hoort deze bepaling thuis in hoofdstuk II (wegname bij levenden).

²⁴²⁶ BS 14 februari 1987.

²⁴²⁷ Art. 17, § 3, lid 1 Orgaantransplantatiewet, dat ook de schending van de uitvoeringsbesluiten bij deze wet omvat.

²⁴²⁸ Het is niet meteen duidelijk waarom ook de leeftijd moet vermeld worden. Misschien heeft dit te maken met de beoordeling van de wilsbekwaamheid?

²⁴²⁹ Art. 8, § 2 Orgaantransplantatiewet en art. 1, a) en b) KB Levende Donor. Voor de controle van de identiteit van de donor moet het transplantatiecentrum als onderdeel van haar kwaliteitshandboek een werkprocedure uitwerken (art. 10/3, lid 2, 1° KB Transplantatiecentra).

²⁴³⁰ Zie ook voor Nederland: art. 6 Wet Orgaandonatie.

zoals bepaald in artikel 6, § 2 en artikel 7, § 2 Orgaantransplantatiewet, moet bevatten.²⁴³¹ De Orgaantransplantatiewet is ondertussen echter zodanig gewijzigd dat enkel de donor toestemming kan geven. Op dit punt is het KB dus zonder voorwerp.²⁴³²

506. Hoewel het KB Levende Donor het niet expliciet vereist, is het vanzelfsprekend aanbevolen dat wordt gepreciseerd voor welk orgaan er toestemming tot wegneming wordt gegeven, alsook voor welk gebruiksoogmerk (*in casu* transplantatie).²⁴³³ Op basis van het zelfbepalingsrecht van de donor geldt de toestemming vanzelfsprekend slechts voor de wegneming van het aangewezen orgaan en het aangewezen gebruiksoogmerk. Toestemming tot wegneming van een nier betekent met andere woorden niet dat men ook een deel van de lever mag wegnemen.

Bovendien zal orgaandonatie vaak geschieden ten voordele van een welbepaalde persoon. Behoudens afwijkende bedingen zal de toestemming dan gegeven zijn onder voorwaarde dat het gedoneerde orgaan behoorlijk kan worden ingeplant bij die ontvanger. Het gaat met andere woorden om een donatie *intuitu personae*. Ook deze voorwaarde moet op basis van het zelfbepalingsrecht gerespecteerd worden. Het is aangewezen om in dergelijk geval de naam van de ontvanger in het toestemmingsformulier op te nemen.

507. De schriftelijke verklaring van toestemming levert het bewijs dat er een (al dan niet nader omschreven) toestemming is gegeven. Hieruit kan op zich echter niet zomaar het bewijs van het vrije, bewuste, geïnformeerde en altruïstische karakter van de toestemming worden afgeleid.²⁴³⁴ Het bestaan van een schriftelijke toestemming rechtvaardigt dus geenszins dat deze andere geldigheidsvoorwaarden niet meer worden gecontroleerd.

§ 3. AANVULLENDE SCHRIFTELIJKE VERKLARINGEN

508. Niets verzet zich er tegen om het geschrift aan te vullen met andere, voorafgaande wilsverklaringen.²⁴³⁵ Zoals zopas gezegd, waarborgt de schriftelijke aard van de toestemming, niet dat de toestemming een geïnformeerd karakter vertoont. Om dit enigszins te verhelpen, zou men de donor in het toestemmingsgeschrift kunnen laten verklaren dat hij geïnformeerd heeft toegestemd.²⁴³⁶ Deze verklaring zal op zich echter nog niet bewijzen dat de donor daadwerkelijk afdoende is geïnformeerd.²⁴³⁷ Om deze verklaring geloofwaardig(er) te maken, is het aangewezen dat (althans een deel) van de relevante informatie in het toestemmingsdocument wordt opgenomen.²⁴³⁸ Dit geldt dan als bewijs tot het tegendeel.

²⁴³¹ Art. 1, a) en b) KB Levende Donor.

²⁴³² Aanvankelijk bevatte art. 8, § 2 Orgaantransplantatiewet ook zelf nog deze technische vergetelheid, maar dit werd ondertussen wel gecorrigeerd met art. 27 wet van 7 februari 2014 houdende diverse bepalingen inzake de toegankelijkheid van de gezondheidszorg, BS 25 februari 2014.

²⁴³³ Vgl. Human Tissue Authority Code of practice 2: donation of solid organs for transplantation (2014), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, nr. 75; art. 3, lid 1 Wet Orgaandonatie, dat bepaalt dat de donor kan toestemmen tot de wegneming van “een door hem aangewezen orgaan”.

²⁴³⁴ Vgl. E.J. GORDON *et al.*, *o.c.*, *Clin. Transplant* 2012, vol. 26, (275) 276.

²⁴³⁵ G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 735.

²⁴³⁶ M. KUSANOVICH, “Medical Malpractice Liability and the Organ Transplant”, *U.S.F. L. Rev.* 1970-71, (223) 228-229, die dit als een vereiste beschouwt.

²⁴³⁷ Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220/9, 35; T. VANSWEEVELT en S. TACK, *o.c.* in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (331) 403.

²⁴³⁸ *Colton v. New York Hosp.* (1979), 98 Misc.2d 957, waar een gebrek aan informed consent ongeloofwaardig werd geacht op basis van (onder meer) het feit dat de nierdonor een formulier dat waarschuwde voor de verschillende risico's, had ondertekend; J.F. RANG, “Gezondheidsrechtelijke aspecten van familiedonatie bij niertransplantatie”, *TvGR* 1979, (14) 21; R. MUNSON, *o.c.* in B. STEINBOCK (ed.), *The Oxford handbook of bioethics*, 2007, (211) 229. In dezelfde zin: B. SLUYTERS, *o.c.* in J.M. GREEP (ed.),

Verder kan ook een regeling inzake het secundair gebruik van het orgaan getroffen worden voor het geval de donor nog onder narcose is, maar de transplantatie bij de ontvanger niet meer kan doorgaan wegens bv. het overlijden van de ontvanger (de zgn. *orphan graft*-hypothese) of beschadiging van het orgaan.²⁴³⁹ In het raam van artikel 13, lid 1 Transplantatieprotocol EVRM-Bio werd dit uitdrukkelijk aangeraden.²⁴⁴⁰

Er kan eveneens toestemming gegeven worden tot voorzienbare, medisch verantwoorde *extended operations*. Zo kan het bv. zijn dat tijdens de wegneming een tumor of een ander letsel wordt ontdekt, zodat de vraag rijst of deze meteen behandeld mogen worden. Bij gebrek aan dergelijke voorafgaande verklaring wordt doorgaans aangenomen dat de arts slechts in geval van een noodtoestand voor de donor tot dergelijke *extended operation* mag overgaan zonder eerst de wegnemingsoperatie te beëindigen en een nieuwe toestemming van de donor te verkrijgen.²⁴⁴¹

Daarnaast kan men ook bepaalde negatieve wilsverklaringen opnemen, voor het geval er bij de orgaanwegneming iets misloopt en de donor zelf niet meer kan beslissen (bv. DNR-verklaring).²⁴⁴² Voor het geval de donor zou overlijden tijdens de orgaanwegneming kan worden voorzien in een uitdrukkelijke toestemming tot orgaanwegneming *post mortem*.²⁴⁴³ Dit laatste zal weliswaar strikt juridisch niet steeds nodig zijn, aangezien de toestemming onder bepaalde voorwaarden wettelijk vermoed wordt.²⁴⁴⁴

§ 4. DE GETUIGE

A. Kwalificatievereisten

509. In België moet de toestemming gegeven worden in het bijzijn van een meerderjarige getuige. Zijn naam, leeftijd, dagtekening en handtekening moeten aan het toestemmingsgeschrift worden toegevoegd.²⁴⁴⁵

Buiten de minderjarigen sluiten de Orgaantransplantatiewet en het KB Levende Donor niemand *a priori* uit als getuige. In het licht van de *ratio legis* moeten toch enkele beperkingen worden aangebracht. Zoals gezegd, moet het doel van de aanwezigheid van een getuige (gedeeltelijk) worden gezocht in het vermijden van twijfel en misbruik aangaande de toestemming van de donor. De getuigenis zou in het raam van een geschil kunnen toelaten om de omstandigheden waarin het toestemmingsformulier werd getekend, te achterhalen. Er moet dan worden aangenomen dat de getuige normaal geen wilsonbekwame mag zijn. Deze zal immers niet steeds het nodige besef hebben om de situatie te vrijwaren van twijfel of misbruik (bv. dwang).

Orgaantransplantatie, 1970, (361) 385. Zie ook de Amerikaanse modelformulieren bij ACOT Recommendation 1, appendix 1 en 2, www.organdonor.gov. Zie in het algemeen: T. VANSWEEVELT en S. TACK, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (331) 403-404.

²⁴³⁹ Zie reeds *supra* Deel II, Hoofdstuk III, Afd. 3, § 5.

²⁴⁴⁰ Memorie van toelichting Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 74. Zie ook: J. SIEGLER, M. SIEGLER en D.C. CRONIN II, "Recipient Death During a Live Donor Liver Transplantation: Who Gets the "Orphan" Graft?", *Transplantation* 2004, (1241) 1244, die ook voorstellen om meteen een *back-up* ontvanger te selecteren; M. WACHS en J. TROTTER, "The Appropriate Allocation of "Orphan Graft" in Living Donor Liver Transplantation: Simple Solutions to a Complex Problem", *Liver transplantation* 2006, (361) 362.

²⁴⁴¹ T. VANSWEEVELT en S. TACK, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (331) 391-394 en 404-405.

²⁴⁴² Zie art. 8, § 4, laatste lid Wet Patiëntenrechten.

²⁴⁴³ G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2010, 735.

²⁴⁴⁴ Zie art. 10, Orgaantransplantatiewet en *infra* Deel V, Hoofdstuk IV.

²⁴⁴⁵ Art. 1, c) en d) KB Levende Donor; art. 8, § 2 Orgaantransplantatiewet.

Om dezelfde reden kan eveneens worden gesteld dat de meerderjarige getuige een derde moet zijn die niet rechtstreeks betrokken is bij de orgaanwegname of -transplantatie.²⁴⁴⁶ Een belangenconflict zou de getuigenis immers onbetrouwbaar maken. De wegnemende arts kan worden beschouwd als zo'n rechtstreeks betrokkene. Aangezien de geoorloofdheid van zijn gedrag afhangt van het bestaan van een toestemmingsgeschrift, heeft hij duidelijk een eigen belang. Hij moet daarom ten aanzien van het opstellen van het geschrift onpartijdig blijven en kan dus niet als getuige optreden.²⁴⁴⁷ De naasten van de donor kunnen in principe wel als getuige optreden.²⁴⁴⁸ Dit is echter niet zo indien deze naaste bv. de ontvanger zelf is of een schijn van partijdigheid ten voordele van de ontvanger uitstraalt. Om interpretatieperikelen te vermijden, verdient het aanbeveling om de voorwaarde van onafhankelijkheid expliciet in de wet te schrijven.

B. Voorstel tot afschaffing van het getuigevereiste

510. De wenselijkheid van een strafrechtelijk sanctioneerbaar getuigevereiste kan weliswaar in twijfel getrokken worden. Verschillende argumenten pleiten voor de afwijzing ervan.

Allereerst dient de getuige volgens de huidige wetgeving enkel de uiting van de toestemming op het moment van het opstellen van het geschrift waar te nemen. Hij moet strikt genomen geen getuige zijn van de voorafgaande informatieverstrekking aan de donor, noch moet hij gesproken hebben met de donor om te achterhalen of deze vrij, altruïstisch en bewust toestemt.²⁴⁴⁹ De getuigenis biedt bijgevolg slechts de beperkte waarborg dat de donor zelf heeft verklaard toe te stemmen. Dit valt echter al uit het geschrift zelf af te leiden. Verder zullen er al verschillende onafhankelijke getuigen een controle uitoefenen op de toestemming van de donor naar aanleiding van het multidisciplinair overleg vereist in artikel 8bis Orgaantransplantatiewet. De verplichte aanwezigheid van een getuige bij het ondertekenen van het toestemmingsformulier lijkt mij dan ook overbodig.

Bovendien leidt het getuigevereiste tot incoherentie met gelijkaardige regelgeving. Voor de wegneming van weefsels en cellen, die mogelijk eveneens ernstige gevolgen kan hebben, wordt immers geen getuige vereist.²⁴⁵⁰ Het valt niet in te zien op basis van welk objectief en pertinent criterium dit verschil in behandeling kan worden gerechtvaardigd.

Ten slotte kan Nederland, waar transplantaties veelvuldig met levende donoren geschieden, als voorbeeld aangehaald worden. Hier volstaat het dat de toestemming schriftelijk werd gegeven.²⁴⁵¹ Het ontbreken van een getuige lijkt hier niet meteen tot misbruik of twijfel te leiden.

²⁴⁴⁶ Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220/9, 34; T. VANSWEEVELT, "Art. 8 Orgaantransplantatiewet" in *Comm. Pers.*, 2007, currens, 2.

²⁴⁴⁷ Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220/9, 34; Verslag HANQUET, *Parl. St. Senaat* 1984-85, nr. 832/2, 18; T. VANSWEEVELT, "Art. 8 Orgaantransplantatiewet" in *Comm. Pers.*, 2007, currens, 2-3.

²⁴⁴⁸ M. ABECASSIS *et al.*, o.c., *JAMA* 2000, vol. 284, (2919) 2921; Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220/9, 34; H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 2005, 515, nr. 1202; S. TACK, o.c. in D. FORNACIARI, T. GOFFIN en S. TACK (eds.), *Zorginstellingen in diverse takken van het recht*, 2013, (179) 188. Zie bv. Brochure UZ Leuven, "Kandidaat levende donor van een nier", www.uzleuven.be, 20, waar men de partner als getuige vraagt.

²⁴⁴⁹ Aangezien de niet-naleving van de betreffende voorwaarde strafrechtelijk kan worden gesanctioneerd, is deze letterlijke interpretatie aangewezen.

²⁴⁵⁰ Art. 10, § 5, lid 3 Wet Menselijk Lichaamsmateriaal.

²⁴⁵¹ Zie art. 6 Nederlandse Wet Orgaandonatie.

§ 5. HET PATIËNTENDOSSIER VAN DE DONOR

511. De donor en de ontvanger moeten een apart medisch dossier krijgen om hun privacy te waarborgen.²⁴⁵² Het recht van de donor op een eigen, zorgvuldig bijgehouden en veilig bewaard dossier aangaande de orgaanwegneming vloeit voort uit artikel 7 Wet Patiëntenrechten. Aangezien orgaanwegneming bij leven steeds in een ziekenhuis moet plaatsvinden (art. 3, § 3 Orgaantransplantatiewet), geldt eveneens de verplichting tot het bijhouden van een medisch dossier in ziekenhuisverband (art. 20, § 1 Ziekenhuiswet). Indien de donor al voor de wegnemingsprocedure een patiëntendossier had, dan kunnen de gegevens in verband met de orgaanwegneming hierin worden opgenomen.²⁴⁵³

Het patiëntendossier van de orgaandonor mag weliswaar niet verward worden met het donordossier of het wegnemingsrapport waarvan sprake in artikel 10, § 5, laatste lid Wet Menselijk Lichaamsmateriaal en één van haar uitvoeringsbesluiten.²⁴⁵⁴ De Wet Menselijk Lichaamsmateriaal is immers niet van toepassing op orgaanwegneming voor transplantatiedoeleinden.

512. Bij KB werd uitdrukkelijk bepaald dat het toestemmingsgeschrift van de orgaandonor moet worden neergelegd in het ziekenhuis waar de orgaanwegneming zal geschieden en in het patiëntendossier van de donor moet worden opgenomen.²⁴⁵⁵ Het geschrift moet naast de toestemmingsgegevens ook de naam en de plaats van het ziekenhuis waar de toestemming wordt neergelegd, bevatten.²⁴⁵⁶ Hetzelfde geldt voor het herroepingsgeschrift.²⁴⁵⁷

Daarnaast moeten ook andere elementen in het patiëntendossier van de orgaandonor worden opgenomen. Omdat het om een medisch dossier in ziekenhuisverband gaat, zijn er een aantal minimumgegevens vereist. Zo bevat dit dossier verplicht onder andere de ziektegeschiedenis van de patiënt, het operatief protocol, adviezen van geconsulteerde artsen, het ontslagverslag en informatie over de toediening van labiele bloedproducten.²⁴⁵⁸ In het licht van orgaanwegneming bij leven valt meer specifiek te denken aan de resultaten van de karakteriseringsonderzoeken, bepaalde details uit besprekingen met de donor over de risico's,²⁴⁵⁹ adviezen van het multidisciplinair overleg, het operatieverslag van de orgaanwegneming en de *follow-up* gegevens.

Er is hier sprake van een verwerking van persoonsgegevens in de zin van artikel 1 Wet Verwerking Persoonsgegevens. Dit betekent dat de donor overeenkomstig artikel 9 Wet Verwerking Persoonsgegevens bepaalde inlichtingen over deze gegevensverwerking moet

²⁴⁵² M. ABECASSIS *et al.*, *o.c.*, *JAMA* 2000, vol. 284, (2919) 2921.

²⁴⁵³ Zie ook: art. 1, § 1 KB van 3 mei 1999 houdende bepaling van de algemene minimumvoorwaarden waarvan het medisch dossier, bedoeld in artikel 15 van de wet op de ziekenhuizen, gecoördineerd op 7 augustus 1987, moet voldoen, *BS* 30 juli 1999, waar het medisch dossier in ziekenhuisverband als onderdeel van het patiëntendossier wordt beschouwd.

²⁴⁵⁴ Art. 3, 5° en Bijlage III (punt 1.4) KB tot vaststelling van de kwaliteits- en veiligheidsnormen voor het doneren, wegnemen, verkrijgen, testen, bewerken, bewaren en distribueren van menselijk lichaamsmateriaal, waaraan de banken voor menselijk lichaamsmateriaal, de intermediaire structuren voor menselijk lichaamsmateriaal en de productie-instellingen moeten voldoen, *BS* 23 november 2009. Zie ook: T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS, *Het patiëntendossier*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 29-33.

²⁴⁵⁵ Art. 2 KB Levende Donor.

²⁴⁵⁶ Art. 1, e) en 2 KB Levende Donor.

²⁴⁵⁷ Zie hierover *infra* Afd. 8, § 2 van dit Hoofdstuk.

²⁴⁵⁸ Zie art. 2, § 1 KB van 3 mei 1999 houdende bepaling van de algemene minimumvoorwaarden waarvan het medisch dossier, bedoeld in artikel 15 van de wet op de ziekenhuizen, gecoördineerd op 7 augustus 1987, moet voldoen, *BS* 30 juli 1999.

²⁴⁵⁹ Zie ook: Human Tissue Authority Code of practice 2: donation of solid organs for transplantation (2014), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, nr. 75.

worden verstrekt, zoals de naam van de verantwoordelijke voor de gegevensverwerking en het doel van de verwerking (bv. ook traceerbaarheid).²⁴⁶⁰

513. Het ziekenhuis zal het medisch dossier van de donor minstens 30 jaar moeten bewaren.²⁴⁶¹ Er kan worden aangenomen dat deze termijn begint te lopen vanaf het laatste contact met de patiënt.²⁴⁶² Weliswaar is het transplantatiecentrum verplicht om de orgaandonor levenslang medisch en psychosociaal op te volgen.²⁴⁶³ In de veronderstelling dat de donor meewerkt aan deze opvolging moet zijn dossier in principe dus gedurende zijn hele leven worden bewaard in het ziekenhuis.

Er werd evenwel bij KB bepaald dat sommige gegevens, met name de karakteriseringsgegevens, maximum 50 jaar na de donatie (lees: na de toestemming tot orgaanwegneming)²⁴⁶⁴ mogen worden bewaard.²⁴⁶⁵ Overtreding van deze regel kan tot strafrechtelijke aansprakelijkheid leiden.²⁴⁶⁶ Deze regel is mogelijk niet in het belang van (de opvolging van) de levende donor. Hij moet worden aangepast zodanig dat deze maximumtermijn niet geldt ten aanzien van de karakteriseringsgegevens die ook in het patiëntendossier van de levende donor zijn opgenomen.

Afdeling 8. Herroepbaar karakter

§ 1. GRONDSLAG

514. In het algemeen heeft een patiënt krachtens artikel 8, § 4 Wet Patiëntenrechten steeds het recht om zijn toestemming tot een gezondheidszorgverstrekking in te trekken. Specifiek voor orgaanwegneming bij leven bepaalt ook artikel 8, § 1 Orgaantransplantatiewet dat de toestemming van de donor *te allen tijde herroepbaar* is.²⁴⁶⁷

De herroepbaarheid vindt haar onderliggende grondslag in het recht op fysieke integriteit. Net zoals de toestemming zelf is de herroeping van de eerder gegeven toestemming immers de uiting van het zelfbepalingsrecht.²⁴⁶⁸ Orgaanwegneming is slechts geoorloofd indien ze strookt met de wil van de donor. Indien de donor aanvankelijk heeft toegestemd maar nu van gedachte is veranderd, dan strookt de wegneming niet meer met diens wil. De herroepbaarheid is met andere woorden het logische gevolg van het verbod op gedwongen orgaanwegneming. Dit verbod kan niet worden omzeild; ook niet omdat de donor aanvankelijk wel toestemming had gegeven. De eerdere toestemming geeft noch de arts, noch de ontvanger een recht om van de donor orgaanwegneming te vorderen. De actuele wil van de donor is determinerend.

²⁴⁶⁰ Zie ook: advies nr. 13/2011 van 6 juli 2011 van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, <http://www.privacycommission.be>, 7.

²⁴⁶¹ Art. 1, § 3 KB van 3 mei 1999 houdende bepaling van de algemene minimumvoorwaarden waarvan het medisch dossier, bedoeld in artikel 15 van de wet op de ziekenhuizen, gecoördineerd op 7 augustus 1987, moet voldoen, *BS* 30 juli 1999.

²⁴⁶² Art. 46 Code van Geneeskundige Plichtenleer.

²⁴⁶³ Art. 10/20 KB Transplantatiecentra. Zie hierover *infra* Hoofdstuk IV, Afd. 1, § 2, A.3.b. van dit Deel.

²⁴⁶⁴ Zie over het begrip ‘donatie’ *supra* Deel II, Hoofdstuk III, Afd. 2, § 1, A.2.

²⁴⁶⁵ Art. 10/10 KB Transplantatiecentra. Het ontwerp-KB stelde aanvankelijk een maximumtermijn van 40 jaar voorop. Op advies van de Privacycommissie werd deze bewaringstermijn omwille van de coherentie met de Wet Menselijk Lichaamsmateriaal opgetrokken tot 50 jaar. Zie: advies nr. 26/2011 van 19 oktober 2011 van Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, <http://www.privacycommission.be>, 8.

²⁴⁶⁶ Art. 17, § 2 Orgaantransplantatiewet.

²⁴⁶⁷ Zie ook art. 3, lid 1 KB Levende Donor.

²⁴⁶⁸ T. VANSWEEVELT, “Art. 8 Orgaantransplantatiewet” in *Comm. Pers.*, 2007, currens, 3; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 100-101.

Aangezien de wil te allen tijde kan veranderen, moet in principe ook de herroeping te allen tijde (*ad nutum*)²⁴⁶⁹ mogelijk zijn.

§ 2. VORM VAN DE HERROEPING

A. *Vormvrijheid en voorstel tot explicitering*

515. Anders dan bij de toestemming tot orgaanwegneming vereist de Orgaantransplantatiewet niet dat de herroeping van deze toestemming schriftelijk of in het bijzijn van een getuige moet gebeuren. De wetgever had duidelijk de bedoeling dat er helemaal géén vormvoorwaarden werden gekoppeld aan de *geldigheid* van herroeping. Deze vormvrijheid is nodig om te voorkomen dat de toestemming niet meer te allen tijde mogelijk zou zijn.²⁴⁷⁰ Gelet op zijn grote belang verdient het de aanbeveling dat dit principe van vormvrijheid, zoals in Frankrijk,²⁴⁷¹ ook uitdrukkelijk in de wet wordt vermeld.

Het zelfbepalingsrecht moet primeren. Iedere weigering moet gerespecteerd worden, zelfs als men reeds op het punt staat om de operatie aan te vatten en ongeacht het middel waarmee ze wordt overgemaakt.²⁴⁷² Een louter mondelinge herroeping volstaat dus. De herroeping van de donor moet uiteraard wel zeker zijn.²⁴⁷³ Dat de donor bv. vlak voor de ingreep nerveus overkomt, kan geenszins als een herroeping van toestemming worden beschouwd.

B. *Bewijs van de herroeping*

516. Niettegenstaande de vormvrijheid wordt bij KB bepaald dat er “*als bewijs*” van de herroeping een geschrift moet worden opgesteld. Dit geschrift bevat verplicht de naam, leeftijd, dag- en handtekening van degene die de toestemming herroept.²⁴⁷⁴ Het geschrift moet bovendien worden neergelegd in het ziekenhuis waar de orgaanwegneming zou geschieden, alsook worden opgenomen in het medisch dossier van de donor.²⁴⁷⁵ De naam en plaats van dat ziekenhuis moet eveneens in het geschrift vermeld worden.²⁴⁷⁶

Artikel 3, lid 2, a) KB Levende Donor vereist voor het geschrift de naam van degene die de toestemming herroept en in voorkomend geval de graad van verwantschap met de donor. Men zou dus de vraag kunnen stellen of iemand anders dan de donor diens toestemming kan herroepen. Hierop moet negatief worden geantwoord. Het KB Levende Donor dateert nog uit de tijd dat ook anderen dan de donor toestemming moesten geven in bepaalde gevallen. Nu kan enkel de donor zelf toestemmen. Logischerwijze kan hij dan ook als enige deze toestemming terug intrekken. Artikel 3 KB Levende Donor is op dit punt ongewijzigd gebleven, maar nu zonder voorwerp gevallen.

517. De verplichting tot schriftelijke bevestiging van de herroeping speelt in het belang van de donor. Dit zal het geval zijn wanneer wordt beweerd dat er een orgaanwegneming werd

²⁴⁶⁹ P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, 2011, 151, nr. 324.

²⁴⁷⁰ Verslag HANQUET, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 832/2, 18; Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220/9, 32.

²⁴⁷¹ Art. L1231-1, al. 4 Code de la santé publique.

²⁴⁷² Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220/9, 32-33; Memorie van toelichting Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 77.

²⁴⁷³ H. DE PAGE, door J.-P. MASSON, *Traité. Les personnes II. Vol. I*, Brussel, Bruylant, 1990, 49, nr. 39 D.

²⁴⁷⁴ Art. 3, lid 2 KB Levende Donor.

²⁴⁷⁵ Art. 4 KB Levende Donor.

²⁴⁷⁶ Art. 3, lid 2, c) KB Levende Donor.

uitgevoerd niettegenstaande de toestemming ertoe werd herroepen. De donor en het openbaar ministerie zullen het bewijs van een gebrek aan toestemming moeten leveren tegenover de arts, die over een schriftelijk toestemmingsbewijs zal beschikken.²⁴⁷⁷ Een louter mondelinge herroeping is op zich al moeilijk te bewijzen.²⁴⁷⁸ Daarboven komt nog dat een geschrift in principe een grotere betrouwbaarheid uitstraalt dan een mondelinge verklaring. Door de neerlegging van het schriftelijk herroepingsbewijs in het ziekenhuis en de opname ervan in het patiëntendossier zou de arts zich bewijsmatig niet meer kunnen verschuilen achter het voorgaande toestemmingsgeschrift. Indien de arts evenwel het herroepingsgeschrift niet wenst op te stellen, bij te houden of te ondertekenen voor gelezen, dan zal de tegenstelbaarheid van een eigenhandig herroepingsgeschrift tegenover de arts moeilijker te bewijzen zijn en zal dit geschrift slechts een begin van bewijs vormen. Er moet hierbij nog worden opgemerkt dat de arts niet strafrechtelijk gesanctioneerd kan worden omdat hij dergelijk geschrift niet heeft opgesteld.²⁴⁷⁹

Zelfs indien de donor of het Openbaar Ministerie de herroeping niet kan bewijzen aan de hand van een geschrift, dan betekent dit nog niet dat de arts buiten schot zal blijven. Er moet worden aangenomen dat de rechter ook rekening kan houden met alle andere bewijsmiddelen.²⁴⁸⁰ Het uitvoeren van een orgaanwegneming terwijl de toestemming werd herroepen, vormt een schending van artikel 8, § 1 Orgaantransplantatiewet. Deze schending is strafbaar (art. 17, § 3, lid 1 Orgaantransplantatiewet) en in strafzaken is het bewijs immers vrij. Een en ander moet ook worden aangenomen ten aanzien van de burgerrechtelijke vordering. In principe kan in burgerlijke zaken tegen een geschrift geen bewijs worden geleverd via getuigen of vermoedens (art. 1341 en 1353 BW). Ter bescherming van het recht op fysieke integriteit moet artikel 8, § 1 Orgaantransplantatiewet evenwel worden beschouwd als een afwijking op deze regel. Door de herroeping te allen tijde en zonder geschrift toe te laten, kan de herroeping, hoewel moeilijk, met alle middelen tegen het geschrift worden bewezen.²⁴⁸¹ Het geschriftsvereiste uit artikel 3 KB Levende Donor kan bezwaarlijk worden gezien als een bewijsbeperkende regel, aangezien dit (onbedoeld) zou leiden tot een verminderde bescherming van (het recht op fysieke integriteit) van de potentiële donor.

518. De verplichting tot een herroepingsgeschrift zou desgevallend ook van nut kunnen zijn voor de arts. Een herroepingsgeschrift zou als tegenbewijs zinvol zijn, mocht achteraf zijn aansprakelijkheid wegens het niet-uitvoeren van de orgaanwegneming worden aangevoerd. Weliswaar biedt de verplichting tot het opstellen van een herroepingsgeschrift maar een zwakke waarborg dat er ook effectief een geschrift wordt opgesteld. De arts kan de potentiële donor immers niet *manu militari* dwingen om dergelijk geschrift te ondertekenen. Bovendien kan de niet-naleving van het geschriftsvereiste uit het KB Levende Donor, zoals *supra* ook al gezegd, niet worden gesanctioneerd als een misdrijf. En zelfs dan nog zou dit weinig efficiënt zijn. De strafbaarstelling van de potentiële donor wegens het niet ondertekenen van het

²⁴⁷⁷ Vgl. T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 102. Zie ook: Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220/9, 32.

²⁴⁷⁸ H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 2005, 515, nr. 1204.

²⁴⁷⁹ Het KB levende Donor is gebaseerd op art. 15 Orgaantransplantatiewet. Art. 17 Orgaantransplantatiewet biedt evenwel geen grond tot strafbaarstelling van de uitvoeringsbesluiten van art. 15 Orgaantransplantatiewet. Dit lijkt een vergetelheid te zijn.

²⁴⁸⁰ Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220/9, 32-33; L. GILLIEAUX, "Wegneming en transplantatie van organen", *Rev. Rw.* 1988, (11) 13; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2010, 735. In dezelfde zin voor Frankrijk: T. GRUEL, *Le droit ébranlé par les manipulations du corps*, 2002, 495-496, nr. 890.

²⁴⁸¹ Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220/9, 33.

herroepingsgeschrift zou slechts mogelijk zijn indien er met zekerheid van een herroeping sprake is geweest. Maar om dit te bewijzen, heeft men nu net het geschrift nodig.

§ 3. GEVOLGEN VAN DE HERROEPING

519. Eenmaal de donor zijn toestemming heeft herroepen, rijst de vraag naar de gevolgen van deze herroeping. Voor de helderheid van de verdere bespreking zal een onderscheid worden gemaakt naargelang het soort van transplantatie waarvoor de levende donor werd ingeschakeld. Het gaat enerzijds om de directe transplantaties (incl. dominotransplantatie) (A) en anderzijds om de gepaarde transplantaties zoals bv. de *cross-over* transplantatie (B).

A. Directe transplantaties

520. Om te bepalen in hoeverre de herroeping gevolgen heeft inzake de uitvoering van rechtstreekse transplantaties moet een opdeling tussen drie periodes worden gemaakt. Allereerst is er de periode vóór de orgaanwegneming bij de donor (*infra* 1). Vervolgens is er de periode na de orgaanwegneming bij de donor, maar vóór de inplanting bij de ontvanger (*infra* 2). Ten slotte is er de periode na de inplanting bij de ontvanger (*infra* 3).

1. Herroeping vóór orgaanwegneming

a. Verbod op orgaanwegneming

521. Zolang het orgaan nog in het lichaam van de levende donor zit, kan deze zich in principe te allen tijde beroepen op zijn recht op fysieke integriteit om de orgaanwegneming af te weren.²⁴⁸² De herroeping van de toestemming maakt de eerder gegeven toestemming vanaf dan ongeldig. Orgaanwegneming zal vanaf dan gelijkstaan met een orgaanwegneming zonder toestemming en zal bijgevolg tot strafrechtelijke²⁴⁸³ en burgerrechtelijke aansprakelijkheid kunnen leiden. De strafrechtelijke beteugeling geeft aan dat het herroepingsrecht van openbare orde is, zodat de donor er geen afstand van kan doen bij overeenkomst (*cf.* art. 6 BW).

522. *De facto* zal de herroeping al een korte tijd vóór de effectieve wegneming niet meer mogelijk zijn. De toestemming kan namelijk niet meer herroepen worden zodra de donor onder narcose werd gebracht.²⁴⁸⁴ Dit is logisch aangezien de donor dan fysiologisch gezien zijn wil niet meer kan uiten.²⁴⁸⁵

Er kan echter niet geheel worden ingestemd met de stelling van de WGO die luidt dat de herroeping van toestemming mogelijk moet zijn *totdat* de behandeling van de ontvanger het punt bereikt waarop de ontvanger in acuut gevaar zou zijn indien de transplantatie niet zou doorgaan.²⁴⁸⁶ Dit zou kunnen betekenen dat de herroeping van toestemming tot

²⁴⁸² Zie ook: N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nrs. 1009-1010.

²⁴⁸³ Art. 5 *juncto* art. 17, § 3, lid 1 Orgaantransplantatiewet.

²⁴⁸⁴ J.E.M. AKVELD, *Transplantatie en wetgeving*, 1987, 92; B. SLUYTERS, o.c. in J.M. GREEP (ed.), *Orgaantransplantatie*, 1970, (361) 385.

²⁴⁸⁵ De donor zou nog wel zijn toestemming kunnen herroepen indien hij slechts onder *lokale* verdoving is gebracht (vgl. Memorie van toelichting Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 77). Deze hypothese lijkt echter niet voor te komen bij orgaanwegneming, maar mogelijk wel bij weefsel- of celwegneming. Er kan dan worden verdedigd dat de ingreep toch mag worden verdergezet indien dit anders de gezondheid van de donor ernstig zou bedreigen (*Ibid.*, nr. 77).

²⁴⁸⁶ Commentaar bij Guiding Principle 3, WHO Guiding Principles on Human Cell, Tissue and Organ Transplantation (2010), <http://www.who.int>.

orgaanwegneming al vóór de narcose van de donor onmogelijk wordt. Dergelijke stelling is strijdig met het recht op fysieke integriteit en het principe dat niemand kan gedwongen worden tot orgaanwegneming. Ook wanneer de ontvanger in levensgevaar verkeert, moet de donor in principe zijn toestemming kunnen herroepen. Dit principe geldt zelfs indien de operatie van de ontvanger al is gestart en het zieke orgaan reeds bij hem verwijderd is. Eventueel zou de leden van het wegnemingsteam wel een strafrechtelijke en burgerrechtelijke fout kunnen worden verweten indien zij de operaties van de donor en de ontvanger niet simultaan begonnen zijn.

Dat de donor vanaf de narcose *de facto* zijn toestemming niet meer kan herroepen, neemt niet weg dat de arts conform de algemene zorgvuldigheidsnorm zelf kan besluiten om de orgaanwegneming niet voort te zetten, bv. omdat de donor slecht reageert op de anesthetica of omdat het orgaan ongeschikt blijkt wegens een verborgen tumor die pas tijdens de wegnemingsoperatie bij visuele controle ontdekt wordt.²⁴⁸⁷

b. Rechtsmisbruik

523. Door de annulatie van de orgaanwegneming wegens de herroeping door de kandidaat-donor zal de kandidaat-ontvanger vanzelfsprekend schade kunnen leiden, die hij zonder de herroeping niet zou hebben geleden. De herroeping zal een *conditio sine qua non* kunnen zijn voor allerlei schadeposten. Zo zijn er allereerst de (medische en niet-medische) kosten voor de ontvanger ter voorbereiding van de transplantatie. Daarnaast kan de ontvanger, bv. met de orgaandonatie in zicht, een orgaan van een overleden donor aan zich voorbij hebben laten gaan, maar ondertussen te ziek zijn geworden om op de wachtlijst te staan en een lijkorgaan te verkrijgen.²⁴⁸⁸ De transplantatie met een levende donor zou een ernstige kans op genezing of overleving hebben geboden, maar zal ingevolge de herroeping mogelijk definitief verloren zijn, zodat dit verlies van een kans een vergoedbare schadepost zal uitmaken. Het kan ook zijn dat de ontvanger met het oog op de transplantatie een voorbehandeling ondergaat, waarbij zijn immuunsysteem wordt onderdrukt om het risico op afstoting van het transplantaat van de levende donor te verminderen.²⁴⁸⁹ Eventuele infecties die de ontvanger hierdoor zou oplopen, vormen eveneens een bron van schade. Uiteraard kan er ook sprake zijn van morele schade (bv. de grote teleurstelling).

Kan de kandidaat-ontvanger een vergoeding vorderen voor deze schade? Het is niet evident, en zelfs *prima facie* tegenstrijdig, om een persoon eerst een recht toe te kennen en vervolgens de uitoefening van dit recht te sanctioneren door er een verplichting tot schadevergoeding aan te koppelen. Toch wordt algemeen aanvaard dat de uitoefening van een recht een verbintenis tot schadevergoeding kan meebrengen indien het gaat om *rechtsmisbruik*.²⁴⁹⁰ Kan *in casu* de uitoefening van het herroepingsrecht van de donor (vóór de orgaanwegneming) tot rechtsmisbruik aanleiding geven? Hierna worden de mogelijke struikelblokken nader geanalyseerd.

524. Allereerst rijst de vraag of het herroepingsrecht van de donor vóór orgaanwegneming überhaupt wel vatbaar is voor misbruik. W. Van Gerven stelt dat rechten die naar vrije willekeur

²⁴⁸⁷ G. THIEL *et al.*, *o.c.*, *Transpl. Proc.* 2001, vol. 33, (811) 813; M. ABECASSIS *et al.*, *o.c.*, *JAMA* 2000, vol. 284, (2919) 2923.

²⁴⁸⁸ Vgl. het voorbeeld in Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220-9, 33.

²⁴⁸⁹ Vgl. Advies nr. 11 van 20 december 1999 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 16.

²⁴⁹⁰ Zie o.a.: W. VAN GERVEN, *Beginselen van Belgisch privaatrecht: algemeen deel*, Antwerpen, Standaard, 1973 (2^{de} ed.), 165 en 197; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 173 en 182; V. SAGAERT, *Goederenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 228.

kunnen worden uitgeoefend (de zogenaamde discretionaire rechten), niet vatbaar zijn voor rechtsmisbruik.²⁴⁹¹ Is het herroepingsrecht van de donor zo'n discretionair recht? Er moet worden bedacht dat dit herroepingsrecht een verschijningsvorm van het recht op fysieke integriteit is. Het betreft dus een fundamentele vrijheid, zodat het wel de schijn van een discretionair recht heeft.

Toch betekent het fundamentele karakter van het recht op fysieke integriteit m.i. niet dat het noodzakelijkerwijze ontsnapt aan de kwalificatie als rechtsmisbruik. Het grote maatschappelijke gewicht dat een recht toekomt, vormt op zich geen reden om rechtsmisbruik af te wijzen. Hiervoor kan bv. verwezen worden naar een arrest van 22 september 2008, waarin het Hof van Cassatie oordeelde dat rechtsmisbruik zelfs voorhanden kan zijn indien het bedoelde recht van openbare orde of van dwingend recht is.²⁴⁹² Vervolgens kan niet worden ontkend dat het recht op fysieke integriteit geen absoluut recht is en beperkt kan worden door de belangen van anderen. Dit blijkt onder meer duidelijk uit artikel 8, lid 2 EVRM.²⁴⁹³ In het herroepingsrecht van de donor ligt in beginsel dus een mogelijkheid tot belangenafweging besloten. Het herroepingsrecht van de donor kan dan bezwaarlijk als een discretionair recht worden beschouwd.²⁴⁹⁴

Het feit dat een verplichting tot schadevergoeding wegens rechtsmisbruik een zekere vorm van inmenging in het recht op fysieke integriteit uitmaakt, kan evenwel problematisch zijn in het licht van artikel 8, lid 2 EVRM. Volgens deze verdragsbepaling zijn beperkingen op het recht op fysieke integriteit slechts mogelijk indien ze zijn voorzien *bij wet*. In België bestaat er echter geen wetsbepaling die het misbruik van (herroepings)recht expliciet als grond tot schadevergoeding beschouwt. Op het eerste gezicht lijkt dit geen probleem te zijn, aangezien het begrip 'wet' uit artikel 8, lid 2 EVRM ruim wordt ingevuld. Het wordt begrepen als de van kracht zijnde rechtsregel, zoals hij door de interne rechtscolleges wordt geïnterpreteerd.²⁴⁹⁵ Maar volgens artikel 22 GW (d.i. de nationale tegenhanger van artikel 8 EVRM) is de inmenging in de privésfeer slechts mogelijk via een wet in de formele zin.²⁴⁹⁶ Aangezien artikel 22 GW een grotere bescherming aan de burger biedt, lijkt deze bepaling op dit punt voorrang te hebben op artikel 8 EVRM.²⁴⁹⁷ Rechtsmisbruik mag dan wel geen expliciete wettelijke basis hebben, toch wordt doorgaans aanvaard dat deze rechtsfiguur haar grondslag vindt in artikel 1382 BW.²⁴⁹⁸ Indien er tussen de rechtsmisbruiker en de schadelijder een contract bestaat (bv.

²⁴⁹¹ W. VAN GERVEN, *Beginselen van Belgisch privaatrecht: algemeen deel*, 1973 (2^{de} ed.), 167, 168 en 170-173, die onder meer als voorbeeld geeft de bevoegdheid om erfgenamen, binnen de perken van het beschikbare gedeelte, te onterven, maar die ook aangeeft dat dergelijke discretionaire rechten steeds zeldzamer worden.

²⁴⁹² Cass. 22 september 2008, S.05.0102.N, www.juridat.be. Zie o.a. ook: Cass. 7 oktober 2011, *RW* 2012-13, 1181, noot S. JANSSEN en S. STIJNS (misbruik van contractvrijheid); W. VAN GERVEN, *Beginselen van Belgisch privaatrecht: algemeen deel*, 1973 (2^{de} ed.), 196, waar misbruik van het recht op lichamelijke integriteit werd aanvaard; H. DE PAGE, door J.P. MASSON, *Traité. Tome II. Les personnes. Vol. I*, 1990, 31-32, nr. 24, waar misbruik van persoonlijkheidsrechten eveneens werd aanvaard, maar ten onrechte werd gesteld dat het recht op fysieke integriteit slechts een afweerrecht is en dus niet 'uigeoefend' wordt.

²⁴⁹³ Zie over beperkingen op het recht op fysieke integriteit reeds *supra* Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, C van dit Deel. Zie ook: S. JANSSEN en S. STIJNS, "Contractweigering kan rechtsmisbruik uitmaken", (noot onder Cass. 22 september 2008), *RW* 2012-13, (1182) 1185, die de mogelijkheid van rechtsmisbruik veeleer koppelen aan het al dan niet afgebakend karakter van het recht in kwestie.

²⁴⁹⁴ Zie ook: T. VANSWEEVELT, "Art. 8 Orgaantransplantatiewet" in *Comm. Pers.*, 2007, currens, 4. *Contra*: F. GRANET-LAMBRECHTS, o.c., *RD Sanit. Soc.* 1995, (1) 7.

²⁴⁹⁵ P. DE HERT, "Artikel 8. Recht op privacy" in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM. Deel 2. Artikelsgewijze commentaar. Vol. I*, 2004, 716., nr. 8.

²⁴⁹⁶ J. VELAERS, "Het menselijk lichaam en de grondrechten" in CENTRUM GRONDSLAGEN VAN HET RECHT (ed.), *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen, Maklu, 1996, (117) 134-135, nr. 19.

²⁴⁹⁷ Art. 53 EVRM; J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, *Handboek Belgisch publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2010, 286, nr. 466; P. DE HERT, o.c. in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM. Deel 2. Artikelsgewijze commentaar. Vol. I*, 2004, 718, m.b. voetnoot 35.

²⁴⁹⁸ W. VAN GERVEN, *Beginselen van Belgisch privaatrecht: algemeen deel*, 1973 (2^{de} ed.), 166 en 199; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 180; V. SAGAERT, *Goederenrecht*, 2014, 226. *Contra*: Cass.

de wegnemingsovereenkomst tussen donor en arts/ziekenhuis), dan kan de grondslag in artikel 1134, lid 3 BW (goede trouw) gezocht worden.²⁴⁹⁹ Dit is een (impliciete) formele wettelijke basis voor rechtsmisbruik. Een en ander laat toe te besluiten dat het herroepingsrecht van de donor in theorie vatbaar is voor rechtsmisbruik.²⁵⁰⁰

525. Hoe kan nu worden uitgemaakt of het herroepingsrecht in een concrete casus daadwerkelijk werd misbruikt? Door de rechtspraak en de rechtsleer werden hiervoor verschillende criteria naar voren geschoven.²⁵⁰¹ Op de keper beschouwd gaat het om één algemeen criterium, waarvan de overige criteria slechts pogingen tot concretisering zijn.²⁵⁰² Dit algemeen criterium is de rechtsuitoefening op een manier die kennelijk de grenzen van een normale uitoefening door een voorzichtig persoon te buiten gaat.²⁵⁰³ Dit komt neer op het maken van een proportionaliteitsafweging tussen de verschillende belangen.²⁵⁰⁴ De term ‘kennelijk’ geeft evenwel aan dat de rechter een terughoudende, marginale beoordeling moet uitvoeren en enkel tot rechtsmisbruik mag besluiten indien geen enkel normaal en voorzichtig persoon zijn recht zo zou hebben uitgeoefend.²⁵⁰⁵

Ten aanzien van het recht op herroeping van toestemming vóór orgaanwegneming is inderdaad een omzichtige, terughoudende beoordeling aangeraden wegens het grote belang van de autonomie en zelfbepaling van de donor.²⁵⁰⁶ Indien misbruik van het herroepingsrecht al te soepel zou worden aanvaard, dan dreigt het zelfbepalingsrecht van de donor te worden geschonden. De verplichting tot schadevergoeding zou als een dwangmiddel kunnen fungeren, zodat de donor tegen zijn werkelijke wil een orgaanwegneming zou ondergaan.²⁵⁰⁷ Sommige auteurs achten het zelfbepalingsrecht van de donor klaarblijkelijk zó belangrijk dat zij ieder risico op krenking van diens autonomie willen vermijden en misbruik van het herroepingsrecht van de donor afwijzen.²⁵⁰⁸ Deze houding is evenwel té strikt. Ze sluit iedere responsabilisering van het individu uit en miskent zo het relatieve karakter van het recht op fysieke integriteit. Een aanzienlijk deel van de rechtsleer aanvaardt dan ook geheel terecht het bestaan van rechtsmisbruik indien de donor zijn toestemming herroept met het *loutere oogmerk om de*

22 september 2008, S.05.0102.N, www.juridat.be, waar het verbod op rechtsmisbruik als een algemeen rechtsbeginsel wordt beschouwd.

²⁴⁹⁹ F. VERMANDER, “Bedingen over de duur van het contract, zijn voortzetting en zijn opzegging” in S. STIJNS en K. VANDERSCHOT (eds.), *Contractuele clausules rond de (niet-)uitvoering en beëindiging van contracten*, Antwerpen, Intersentia, 2006, (227) 260-261; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 182-183. Het rechtsmisbruik zal er in dat geval toe strekken om vergoeding voor het gederfde honorarium te verkrijgen: S. RUTTEN, “De eenzijdige beëindiging door de cliënt van de overeenkomst gesloten met de beoefenaar van een vrij beroep”, *TBBR* 2002, (83) 91.

²⁵⁰⁰ Zie ook: S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 432.

²⁵⁰¹ Zie voor een overzicht: W. VAN GERVEN, *Beginnelsen van Belgisch privaatrecht: algemeen deel*, 1973 (2^{de} ed.), 184 e.v.; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 174 e.v.

²⁵⁰² W. VAN GERVEN, *Beginnelsen van Belgisch privaatrecht: algemeen deel*, 1973 (2^{de} ed.), 181-182.

²⁵⁰³ Cass. 7 oktober 2011, *RW* 2012-13, 1181, noot S. JANSEN en S. STIJNS (contractweigering als rechtsmisbruik); T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 177 en 179. De gelijkenis met het gemeenrechtelijke foutbegrip en meer bepaald het algemene zorgvuldigheids criterium is treffend, wat niet verbaast nu art. 1382 BW doorgaans als grondslag voor rechtsmisbruik geldt. *In casu* zou een beroep op het foutbegrip evenwel weinig kans op slagen hebben, aangezien het weigeren van behandelingen met ingrijpend karakter (vgl. orgaanwegneming) doorgaans niet als fout wordt beschouwd. Zie uitvoerig hierover: C. LEMMENS, *Voorafgaande wilsverklaringen rond het levenseinde*, 2013, nrs. 945 e.v.

²⁵⁰⁴ W. VAN GERVEN, *Beginnelsen van Belgisch privaatrecht: algemeen deel*, 1973 (2^{de} ed.), 190-191; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 177-179; V. SAGAERT, *Goederenrecht*, 2014, 228.

²⁵⁰⁵ T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 181, die deze marginale toetsing bekritiseren; V. SAGAERT, *Goederenrecht*, 2014, 228.

²⁵⁰⁶ E. DIRIX, “Grondrechten en overeenkomsten” in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private rechtsverhoudingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, (35) 77.

²⁵⁰⁷ Vgl. K. HEALY en K.D. KRAWIEC, o.c., *Duke L.J.* 2012, (645) 665.

²⁵⁰⁸ Advies nr. 11 van 20 december 1999 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 15-16; S. PERRICK, “Schenking van organen. Enkele juridische aspecten”, *TvGR* 1979, (141) 144; A. BERNARD, “Le corps humain, objet du contrat” in R. DRAÏ en M. HARICHAUX (eds.), *Bioéthique et droit*, Parijs, Presses Universitaires de France, 1988, (148) 187.

ontvanger te schaden.²⁵⁰⁹ De donor zal dan geen redelijk belang hebben,²⁵¹⁰ zodat het gezondheidsbelang van de kandidaat-ontvanger doorweegt op het belang van de donor. Wel zal het oogmerk tot schadeverwekking soms moeilijk te bewijzen zijn.

In het algemeen wordt rechtsmisbruik evenwel ook zonder een oogmerk tot schadeverwekking aanvaard, zodat misbruik van het herroepingsrecht in principe evenmin tot kwaadwillige intenties beperkt mag worden.²⁵¹¹ Dat de donor vooraf grondig werd geïnformeerd en voldoende bedenktijd werd gegeven, kan hierbij een beoordelingselement vormen.²⁵¹² Hierdoor zou naargelang de concrete feiten verdedigd kunnen worden dat de donor eigenlijk al eerder zijn toestemming had kunnen herroepen, zodat bepaalde kosten en nadelen voor de ontvanger en de arts vermeden konden worden.²⁵¹³ In die lijn wordt algemeen aanvaard dat er sprake is van rechtsmisbruik wanneer het recht op verschillende wijzen met eenzelfde nut kon worden uitgeoefend, maar gekozen wordt voor de wijze die het meest schadelijk is voor een ander.²⁵¹⁴

2. Herroeping *na* orgaanwegneming, maar *vóór* inplanting

526. De herroeping van toestemming tot orgaanwegneming moet theoretisch worden onderscheiden van de herroeping van toestemming tot het daaropvolgende orgaangebruik, *in casu* orgaantransplantatie.²⁵¹⁵ In de praktijk zal de donor weliswaar in eenzelfde adem toestemming uiten voor beide aspecten. Want toestemming die enkel betrekking heeft op de orgaanwegneming *as such*, is onzinnig, aangezien de geoorloofdheid van de wegneming juist afhankelijk is van het doel of gebruik van die wegneming.²⁵¹⁶ Toch wordt het onderscheid tussen toestemming tot wegneming en toestemming tot gebruik relevant wanneer de orgaanwegneming al heeft plaatsgevonden, maar het gebruik nog niet. De vraag rijst hier met name of de levende donor zijn toestemming tot transplantatie (d.i. het gebruik van het orgaan) nog kan herroepen.

527. Indien het weggenomen orgaan nog niet bij de ontvanger werd getransplanteerd, dan is de vraag naar de mogelijkheid tot herroeping van het orgaan niet zo eenvoudig te beantwoorden. Allereerst moet het belang van deze hypothese sterk worden genuanceerd. In geval van orgaanwegneming bij een levende donor zal het orgaan idealiter onmiddellijk bij de ontvanger

²⁵⁰⁹ Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220-9, 33-34; T. VANSWEEVELT, “Art. 8 Orgaantransplantatiewet” in *Comm. Pers.*, 2007, currens, 4; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 101; H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 2005, 516, nr. 1204.

²⁵¹⁰ Vgl. W. VAN GERVEN, *Beginnelsen van Belgisch privaatrecht: algemeen deel*, 1973 (2^{de} ed.), 185; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 174-175.

²⁵¹¹ T. VANSWEEVELT, “Art. 8 Orgaantransplantatiewet” in *Comm. Pers.*, 2007, currens, 4.

²⁵¹² Vgl. Advies nr. 11 van 20 december 1999 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 16, waar het evenwel ging om allogene beenmergtransplantatie; M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, *RW* 1986-87, (2401) 2414-2415, nr. 20.

²⁵¹³ Zie eveneens voor rechtsmisbruik wegens laattijdige mededeling van de herroeping: M. VAN QUICKENBORNE, *o.c.*, *RW* 1986-87, (2401) 2414, nr. 20, die terecht stelt dat paniek kort voor de ingreep dan weer niet tot rechtsmisbruik leidt; S. RUTTEN, *o.c.*, *TBBR* 2002, (83) 91-92.

²⁵¹⁴ W. VAN GERVEN, *Beginnelsen van Belgisch privaatrecht: algemeen deel*, 1973 (2^{de} ed.), 185-187; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 175-176.

²⁵¹⁵ Vgl. ook sec. 1(1) en 33(1) en (2) HTA 2004; Human Tissue Authority Code of practice 2: donation of solid organs for transplantation (2014), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, nrs. 31-32 en 72; Memorie van toelichting Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 78.

²⁵¹⁶ Vgl. M. STAUCH, K. WHEAT en J. TINGLE, *Text, Cases and Materials on Medical Law*, Abingdon, Routledge-Cavendish, 2006 (3^{de} ed.), 581.

worden ingeplant om ischemie te vermijden. De donor zal gedurende die tijd meestal nog onder narcose zijn en dus *de facto* niet kunnen herroepen vóór de inplanting.²⁵¹⁷

Nochtans is het niet geheel uitgesloten dat een orgaan niet direct na de wegneming in de ontvanger wordt ingeplant. Zo zouden de donor en de ontvanger om anonimiteitsredenen in verschillende ziekenhuizen gehospitaliseerd kunnen zijn, zodat het orgaan eerst vervoerd moet worden of zouden er complicaties bij de ontvanger kunnen optreden waardoor het orgaan ter plekke enige tijd buiten het lichaam bewaard moet worden. Wat als de donor dan gedurende de periode vóór de inplanting weer bij bewustzijn komt en zich plots bedenkt, hoe onwaarschijnlijk deze hypothese ook kan zijn? Zoals hierna zal blijken, is het vinden van een grondslag voor een herroepingsrecht in deze tussenperiode geen sinecure (*infra* a). Ofschoon wel enkele aanknopingspunten gevonden kunnen worden, lijkt er uiteindelijk toch geen verantwoording voor dergelijke verregaand herroepingsrecht te bestaan (*infra* b).

a. Grondslagen

528. Volgens N. Van Gelder kan uit de ruime bewoordingen van artikel 8, § 1 Orgaantransplantatiewet zelf (“*te allen tijde herroepbaar*”) een herroepingsrecht van de donor tot aan de inplanting bij de ontvanger afgeleid worden.²⁵¹⁸

Aan de juistheid van deze stelling kan m.i. getwijfeld worden. De Orgaantransplantatiewet sluit dergelijk herroepingsrecht alvast niet uit, maar biedt er zelf geen expliciete grondslag voor. Artikel 8, § 1 Orgaantransplantatiewet spreekt enkel over de herroeping van toestemming tot orgaanwegneming.²⁵¹⁹ In de parlementaire stukken bij de totstandkoming van de wet valt hierover ook niets terug te vinden. Wellicht werd er toen niet aan gedacht wegens de uitzonderlijke aard van het probleem. Aangezien het om een bepaling met strafrechtelijk karakter gaat,²⁵²⁰ dringt veeleer een restrictieve interpretatie zich op. Wil men het herroepingsrecht uit artikel 8, § 1 Orgaantransplantatiewet zodanig ruim interpreteren dat het ook herroeping na de wegneming maar vóór inplanting mogelijk maakt, dan moet hiervoor een duidelijkere grondslag gevonden worden.

529. De herroeping vóór orgaanwegneming steunt op het recht op fysieke integriteit. Logischerwijze kan de vraag worden gesteld of dit recht ook een grondslag biedt voor de herroeping na orgaanwegneming. Een ontkennend antwoord lijkt zich op te dringen.²⁵²¹ Het orgaan zal in de voorliggende hypothese immers niet meer tot de fysieke persoon van de donor behoren, terwijl het recht op fysieke integriteit juist dient om deze fysieke persoon te beschermen.

Nochtans is het recht op fysieke integriteit slechts een aspect van het ruimere recht op privéleven of persoonlijke levenssfeer, dat op persoonlijkheidsrechtelijk, mensenrechtelijk (art. 8 EVRM) en grondrechtelijk (art. 22 GW) niveau wordt gewaarborgd.²⁵²² Krachtens de band die bestaat tussen afgescheiden lichaamsmateriaal en de persoon kan dit recht op persoonlijke

²⁵¹⁷ Vgl. W. DREESSEN, o.c., *Jura Falc.* 1984-85, (500) 512.

²⁵¹⁸ N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nrs. 100, 274-276, 330, 982 en 1010-1011.

²⁵¹⁹ In die zin ook: S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 430. Weliswaar is de Orgaantransplantatiewet slechts van toepassing op orgaanwegneming voor zover dit geschiedt voor transplantatiedoeleinden (art. 1 Orgaantransplantatiewet). Onder ‘toestemming tot orgaanwegneming’ zou men technisch gezien dus ook de toestemming tot transplantatie van het orgaan kunnen begrijpen.

²⁵²⁰ Art. 5, lid 1 en 8, § 1 *juncto* art. 17, § 3, lid 1 Orgaantransplantatiewet.

²⁵²¹ S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 110-111.

²⁵²² Zie reeds *supra* Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, C van dit Deel.

levenssfeer eveneens een grondslag vormen voor zeggenschap over dit lichaamsmateriaal.²⁵²³ Het valt inderdaad niet te ontkennen dat er tussen een weggenomen orgaan en de persoon van de orgaandonor een zekere band bestaat. Het is bovendien denkbaar dat er uit deze band een zeker moreel of psychisch belang van de donor met betrekking tot het weggenomen orgaan voortvloeit. De begrippen ‘privé-leven’ en ‘persoonlijke levenssfeer’ lijken in principe ruim genoeg om dit belang te omvatten.

530. Het weggenomen orgaan maakt niet langer deel uit van het rechtssubject of de persoon, maar kan wel zonder twijfel als een rechtsobject of zaak worden beschouwd. Dergelijke kwalificatie maakt het orgaan tot mogelijk voorwerp van een eigendomsrecht, dat een ruime zeggenschap meebrengt (art. 544 BW).²⁵²⁴ Sommige auteurs zoeken dan ook - m.i. terecht - de grondslag voor de herroeping van een weggenomen orgaan vóór inplanting bij de ontvanger in het bestaan van een eigendomsrecht van de levende donor.²⁵²⁵ Logischerwijze houdt dit eigendomsrecht op vanaf de inplanting bij de ontvanger, aangezien het orgaan dan geen zaak meer is. Dat dit eigendomsrecht beperkt is doordat het krachtens artikel 4 Orgaantransplantatiewet niet kan worden aangewend om het orgaan te verkopen, vormt alvast geen bezwaar. De tekst van artikel 544 BW geeft immers zelf aan dat een eigendomsrecht beperkt kan worden door andere wetten.²⁵²⁶

Het verkrijgen van eigendom op een roerend lichamelijk goed zoals een afgescheiden orgaan, waar voorheen geen eigendomsrecht op rustte (*res nullius*), kan door middel van bezit van het orgaan (art. 2279 BW).²⁵²⁷ Zoals eerder verdedigd, zal de wegnemende arts dan louter als houder of detentor kunnen worden beschouwd, terwijl de donor de werkelijke bezitter is.²⁵²⁸ De arts zal weliswaar vermoed worden het orgaan voor zichzelf te bezitten totdat de donor het tegendeel bewijst (art. 2230 BW). De *animus* van de wegnemende arts om in naam en voor rekening van de donor te bezitten kan m.i. worden afgeleid uit de orgaanwegnemingsovereenkomst tussen donor en arts/ziekenhuis. Behoudens andersluidend beding²⁵²⁹ is de bedoeling van de partijen redelijkerwijze dat de arts het orgaan (gedurende een korte periode) in zijn macht mag houden, maar enkel om het in naam en voor rekening van de donor te transplanteren naar de ontvanger.²⁵³⁰ Mede gelet op de (onlichamelijke) band tussen het orgaan en de persoon van de donor, zal de donor tot aan de inplanting bij de ontvanger

²⁵²³ C. TROUET, *Van lichaam naar lichaamsmateriaal: recht en het nader gebruik van cellen en weefsels*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 333, 339, 359-360, 363, 365-367, 372, 381-384, 384; S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 126-136; N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nrs. 205, 221, 226, 539, 543, 550, 573, 982 en 1011; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Larcier, Brussel, 2005, 112; B.C. VAN BEERS, *Persoon en lichaam in het recht*, s.l., Boom Juridische Uitgevers, 2009, 551-552.

²⁵²⁴ Zie reeds *supra* Deel III, Hoofdstuk I, Afd. 1, § 2, B.

²⁵²⁵ T. VANSWEEVELT, “Art. 8 Orgaantransplantatiewet” in *Comm. Pers.*, 2007, currens, 4; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 101; I. BOONE, o.c., *TPR* 1996, (91) 103; Verslag REMANS en DE ROECK, *Parl. St.* Senaat 2001-02, nr 2-1250/3, 52. Zie ook: D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008 242. *Contra*: W. DREESSEN, o.c., *Jura Falc.* 1984-85, (500) 508-509; N. MAMODE *et al.*, o.c., *Transplantation* 2013, (536) 540.

²⁵²⁶ Art. 544 *in fine* BW: “(...) op de meest volstreekte wijze van een zaak het genot te hebben en daarover te beschikken, mits men er geen gebruik van maakt dat strijdig is met de wetten of met de verordeningen”. Zie ook: N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nrs. 34, 229, 270, 272 en 989; C. TROUET, *Van lichaam naar lichaamsmateriaal*, 2003, 347; S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 122-123; *Colavito v. New York Organ Donor Network Inc.*, 438 F.3d 214 (U.S. CA, 2nd Circ., 2006); D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008 386-387. Zie in het algemeen over de mogelijkheid van ‘onbeschikbare eigendomsrechten’: V. SAGAERT, *Goederenrecht*, 2014, 162 en 193.

²⁵²⁷ V. SAGAERT, *Goederenrecht*, 2014, 699; F. VAN NESTE, *Zakenrecht. Boek I*, Brussel, Story-Scientia, 1990 (2^{de} ed.), 14 en 306.

²⁵²⁸ Zie reeds *supra* Deel III, Hoofdstuk I, Afd. 1, § 2, B.2.

²⁵²⁹ In de praktijk zal er wellicht niets omtrent de voorliggende situatie geregeld zijn. Dit sluit niet uit dat de donor zich ertoe kan verbinden afstand te doen van enig eigendomsrecht (art. 711 BW).

²⁵³⁰ Zie ook: N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nr. 275.

redelijkerwijze niet de bedoeling hebben om afstand te doen van de zeggenschap over ‘zijn’ orgaan tot de transplantatie.²⁵³¹

Om als eigendomstitel te gelden, moet het bezit van de donor uiteraard ondubbelzinnig zijn,²⁵³² wat *in casu* wil zeggen dat er geen bezitsintentie vanwege de ontvanger mag zijn. Het gebrek aan *animus* bij de ontvanger kan m.i. duidelijk worden afgewezen omwille van de gewoonlijk altruïstische aard van de transplantatieovereenkomst tussen ontvanger en arts/ziekenhuis. De arts verbindt zich er normaal enkel toe bij wijze van behandeling het orgaan bij de ontvanger in te planten volgens de regels van de kunst. De bedoeling is dat de arts het ‘materiaal’ (lees: orgaan) levert, maar niet dat de ontvanger kan bepalen wat er met dit materiaal vóór de ‘levering’ (lees: inplanting) gebeurt.

b. Voorstel tot expliciete begrenzing van het herroepingsrecht

531. Ongeacht welke van de mogelijke bovenstaande grondslagen men ter erkenning van een herroepingsrecht naar voren schuift, moet er rekening worden gehouden met de mogelijkheid tot beperking van dergelijk recht. Een grond waarop beperkingen kunnen worden aangebracht en die gemeen is aan alle drie de grondslagen betreft de theorie van het *rechtsmisbruik*.²⁵³³ Van oudsher kent deze theorie belangrijke toepassingen inzake het eigendomsrecht,²⁵³⁴ maar er kan worden aanvaard dat ze evengoed toepassing kan vinden ten aanzien van persoonlijkheidsrechten. Zoals eerder al gezegd, is er in het algemeen sprake van rechtsmisbruik wanneer een subjectief recht wordt uitgeoefend op een manier die kennelijk de grenzen van een normale uitoefening door een voorzichtig persoon te buiten gaat.²⁵³⁵ De beoordeling van de normale uitoefening van het herroepingsrecht van de donor (na orgaanwegneming en vóór inplanting) zal m.i. neerkomen op de volgende belangenafweging.

Eenzijds is er het belang van de ontvanger. De gezondheid van de ontvanger zal in principe sterk gebaat zijn bij de transplantatie van het orgaan van de levende donor.²⁵³⁶ Door het orgaan te herroepen verliest deze patiënt de (grote) kans op overleven, dan wel op een leven met een sterk verbeterde levenskwaliteit. Dit gezondheidsbelang zal slechts ontbreken wanneer het weggenomen orgaan niet wordt getransplanteerd omdat de ontvanger bv. gedurende de ingreep overlijdt. Het probleem van de herroeping zal dan echter vervallen in de meeste gevallen. De toestemming van de donor zal zich normaal enkel uitstrekken tot orgaanwegneming met transplantatieoogmerk. Vaak zal de toestemming bovendien slechts gegeven zijn ten gunste van een welbepaalde ontvanger (*intuitu personae*). Het gebruik van het weggenomen orgaan voor een ander gebruiksdoel of voor transplantatie op een andere ontvanger zal dan niet onder de toestemming vallen, zodat men sowieso moet terugkoppelen naar de donor. Indien de toestemming van de donor geen *intuitu personae* karakter had, dan is transplantatie van het orgaan naar een andere ontvanger nog wel mogelijk. In dat geval zou het

²⁵³¹ Zie ook: D. SPERLING, *Posthumous Interests: Legal and Ethical Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 118. Ten aanzien van de orgaanweginingsovereenkomst zelf kan de herroeping dan als een stilzwijgende ontbindende voorwaarde worden beschouwd.

²⁵³² Daarnaast is ook vereist dat het bezit voortdurend, ongestoord en openbaar is (art. 2229 BW), alsook dat de bezitter te goeder trouw is (F. VAN NESTE, *Zakenrecht. Boek I*, 1990 (2^{de} ed.), 460-465; V. SAGAERT, *Goederenrecht*, 2014, 678-679 en 680).

²⁵³³ Ter beperking van het recht uit artikel 8, § 1 Orgaantransplantatiewet kan nog worden gedacht op de noodtoestand. Ter beperking van het recht op fysieke integriteit en op privéleven kan nog gewezen worden op de uitzonderingsclausule in artikel 8, lid 2 EVRM. Ten aanzien van het eigendomsrecht kan onder meer worden gewezen op de beperking door de wet (art. 544 BW), alsook de beperking in het algemeen belang (art. 1, lid 1 Aanvullend Protocol EVRM).

²⁵³⁴ V. SAGAERT, *Goederenrecht*, 2014, 226.

²⁵³⁵ Cass. 7 oktober 2011, *RW* 2012-13, 1181, noot S. JANSEN en S. STIJNS.

²⁵³⁶ Zie *infra* uitvoeriger over de baten voor de ontvanger.

herroepingsprobleem nog wel kunnen rijzen. Maar dan is er wederom sprake van het gezondheidsbelang van een ontvanger.

Anderzijds is er het belang van de donor. Het is niet duidelijk welk redelijk belang de donor kan hebben bij het herroepen van zijn orgaan na de wegneming en vlak voor de inplanting. In tegenstelling tot de ontvanger zal hij normaal geen gezondheidsbelang kunnen aantonen. Het orgaan is per hypothese immers al weggenomen, zodat deze fysieke aantasting geen bezwaar meer vormt. Bovendien zal de donor normaal een gezond persoon zijn die in staat is om zonder het gedoneerde orgaan te leven. Er zal dus geen therapeutische nood zijn om het orgaan terug bij de donor in te planten, als dergelijke autotransplantatie medisch gezien al mogelijk zou zijn. De herroeping van de donor zou dan slechts nog een moreel of psychisch belang vertonen (bv. vermijden van spijtgevoelens ten gevolge van de orgaanafstand). Dergelijk belang weegt m.i. kennelijk niet op tegen het gezondheidsbelang van de ontvanger.²⁵³⁷ Dit geldt eens te meer nu de donor vooraf in principe goed geïnformeerd zal zijn geweest en voldoende bedenktijd zal hebben gekregen.²⁵³⁸ Er zal dus sprake zijn van rechtsmisbruik. De sanctie van rechtsmisbruik is in de eerste plaats dat de uitoefening van het recht wordt herleid tot de normale uitoefening of desnoods dat een beroep op dat recht ontzegd wordt.²⁵³⁹ *In casu* zal dit concreet betekenen dat de donor niet mag herroepen behoudens wanneer dit therapeutisch gezien nodig is. Zonder deze therapeutische nood zal de arts het weggenomen orgaan mogen transplanteren tegen de wil van de donor.²⁵⁴⁰

Op basis van het voorgaande verdient het beleidsmatig de aanbeveling om artikel 8, § 1 *in fine* Orgaantransplantatiewet te wijzigen naar het voorbeeld van het Nederlandse artikel 6 Wet Orgaandonatie, zodat voortaan de donor zijn toestemming enkel nog *vóór de orgaanwegneming* te allen tijde kan herroepen tenzij de herroeping na de orgaanwegneming noodzakelijk zou zijn voor de gezondheid van de donor. Hoewel dit resultaat al via de leer van het rechtsmisbruik een wettelijke basis vindt in artikel 1382 BW, zal een explicietere wettelijke basis verkieslijk zijn in het licht van het legaliteitsvereiste dat in artikel 8, lid 2 EVRM en artikel 1, lid 1 Aanvullend Protocol EVRM wordt gesteld voor beperkingen op het recht op persoonlijke levenssfeer en op het eigendomsrecht.

3. Herroeping na inplanting bij de ontvanger

532. Indien het weggenomen orgaan reeds bij de ontvanger werd getransplanteerd, dan moet worden aangenomen dat de levende donor het orgaan niet meer kan herroepen.²⁵⁴¹ Het orgaan

²⁵³⁷ Deze oplossing kan desgevallend ook uit artikel 422*bis* Sw. afgeleid worden. Krachtens deze bepaling is men verplicht hulp te verlenen aan iemand die in groot gevaar verkeert voor zover men kan helpen zonder ernstig gevaar voor zichzelf. Welnu, de ontvanger zal wegens zijn gezondheidstoestand (mogelijk) in groot gevaar verkeren en de donor zal kunnen helpen door het weggenomen orgaan niet te herroepen, (mogelijk) zonder dat hij daarbij aan ernstig gevaar wordt blootgesteld. Aldus zal de donor verplicht zijn om te helpen, m.a.w. zijn toestemming na orgaanwegneming niet mogen herroepen.

²⁵³⁸ Vgl. Advies nr. 11 van 20 december 1999 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 16, waar het evenwel ging om allogene beenmergtransplantatie.

²⁵³⁹ V. SAGAERT, *Goederenrecht*, 2014, 228.

²⁵⁴⁰ In gelijkaardige zin wijst N. Van Gelder het eigendomsrecht van de levende orgaandonor af, omdat de donor niet vrij over het weggenomen orgaan zal kunnen beschikken, want enkel de mogelijkheid heeft om zijn toestemming in te trekken en het herstel van zijn fysieke integriteit te vorderen (N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nr. 275). Herroeping van het orgaan voor herstel van de fysieke integriteit is evenwel een vorm van beschikken. M.i. is het bijgevolg juridisch juist om een eigendomsrecht principieel te aanvaarden, maar dit dan te beperken via de leer van het rechtsmisbruik.

²⁵⁴¹ Zie ook: T. VANSWEEVELT, “Art. 8 Orgaantransplantatiewet” in *Comm. Pers.*, 2007, currens, 4; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 101; N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nrs. 330-331; S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 431-432. Vgl. Human Tissue Authority Code of practice 1: Consent (2009), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, nr. 39; NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS, *Human bodies*, 2011, 151.

maakt vanaf de inplanting immers deel uit van de fysieke persoon van de ontvanger.²⁵⁴² Op basis van zijn recht op fysieke integriteit zal de ontvanger dan ook de orgaanterugname kunnen weigeren.²⁵⁴³ Zelfs als de ontvanger tot een orgaanteruggave zou toestemmen, dan nog lijkt bij gebrek aan therapeutische nood voor de donor en wegens het gevaar voor de gezondheid van de ontvanger niet aan het vereiste van evenredigheid voldaan te zullen zijn. De donor zal zich daarentegen van zijn kant niet in dezelfde mate op zijn recht op fysieke integriteit kunnen beroepen om het orgaan te herroepen, aangezien het orgaan niet langer tot zijn fysieke persoon behoort.

533. Nochtans is het niet uitgesloten dat de eis van de donor tot orgaanterugname enige *morele* validiteit vertoont. In de media werd bv. reeds bericht over een Amerikaans geval waarbij de donor haar nier van de ontvanger terug eiste wegens ondankbaarheid.²⁵⁴⁴ Voor vermogensrechtelijke schenkingen worden naar Belgisch recht bepaalde vormen van ondankbaarheid (bv. misdrijven of grove beledigingen gericht tegen de schenker) beschouwd als een grond tot herroeping (art. 953 en 955 BW). Aldus kan naar analogie worden verdedigd dat ook bij orgaandonatie aan de ondankbaarheid van de ontvanger een sanctie moet kunnen worden gekoppeld.

Zoals gezegd, verzetten het recht op fysieke integriteit van de ontvanger en het principe van evenredigheid zich in principe tegen de orgaanterugname. Een morele schadevergoeding is m.i. daarentegen niet uitgesloten. De grondslag hiervoor kan worden gezocht in het algemene aansprakelijkheidsrecht. De ondankbaarheid zou dan naargelang de concrete omstandigheden als een fout van de ontvanger kunnen worden gekwalificeerd, zodat deze aansprakelijk zal zijn voor de (morele) schade die door deze fout werd veroorzaakt (art. 1382 BW).

B. Gepaarde transplantaties

534. Hoewel de principes van herroeping van toestemming voor rechtstreekse transplantaties ook voor gepaarde transplantaties opgaan, rijst er bij deze laatste vorm toch een bijkomende moeilijkheid. Er zal immers rekening moet worden gehouden met de gevolgen van de herroeping voor het andere donor-ontvangerpaar. Er zal hierna in het bijzonder aandacht worden besteed aan twee soorten gepaarde transplantatie: *cross-over* transplantatie (*infra* 1) en gepaarde kettingruil of *NEAD exchange* (*infra* 2).

1. Cross-over transplantatie

535. Bij *cross-over* transplantatie is het, zoals gezegd, de bedoeling dat de donor van koppel A een orgaan afstaat aan de ontvanger van koppel B, terwijl de donor van koppel B een orgaan afstaat aan de ontvanger van koppel A.²⁵⁴⁵ Stel nu dat de donor van koppel A zijn toestemming tot orgaanwegneming herroept. De orgaanwegneming bij de donor van koppel A zal dan krachtens artikel 8, § 1 Orgaantransplantatiewet niet langer geoorloofd zijn. Wat met de

²⁵⁴² X. LABBÉE, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, Lille, Presses universitaires de Lille, 1990, 268; H.J.J. LEENEN, J.C.J. DUTE, J. LEGEMAATE *et al.*, *Handboek gezondheidsrecht*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014 (6^{de} ed.), 80.

²⁵⁴³ N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nr. 274.

²⁵⁴⁴ “Nier afgestaan voor bazin en dan koudweg ontslagen”, *Het Nieuwsblad* 26 april 2012. Wegens problemen bij het herstel van de nefrectomie kon de donor enige tijd niet op het werk aanwezig zijn. De ontvanger, die tegelijk de werkgeefster van de donor was, zag dit als een reden om de donor te ontslaan.

²⁵⁴⁵ Zie *supra* Hoofdstuk I, Afd. 3 van dit Deel.

toestemming tot orgaanwegneming van de donor van koppel B? Om deze vraag te beantwoorden, wordt in wat volgt een opdeling gemaakt naargelang de orgaanwegneming bij de donor van koppel B al of niet heeft plaatsgevonden. Wat hierna wordt gezegd, gaat eveneens op voor de *cross-over* transplantatie met meer dan twee paren.²⁵⁴⁶

536. In de eerste hypothese heeft de orgaanwegneming bij de donor van koppel B nog *niet* plaatsgevonden op het moment van de herroeping door de donor van koppel A. Behoudens bewijs van het tegendeel, kan redelijkerwijze worden aangenomen dat iedere donor binnen een *cross-over* procedure in beginsel slechts toestemming tot orgaanwegneming heeft gegeven *onder (stilzwijgende) voorwaarde* dat in ruil hiervoor een orgaan zou worden weggenomen bij de donor uit een ander koppel om te transplanteren naar de ontvanger van het eigen koppel. Dit is immers een kernelement van de *cross-over* constructie. Dus indien de donor van koppel A zijn toestemming herroept, dan zal aan deze voorwaarde voorlopig niet meer voldaan kunnen worden en zal de toestemming van de donor van koppel B evenmin nog geldig zijn. Het achterwege blijven van deze wegneming en/of transplantatie (door herroeping van toestemming of enige andere reden) kan met andere woorden als een ontbindende voorwaarde in de wegnemingsovereenkomst met de arts worden beschouwd.²⁵⁴⁷ Concreet zullen bijgevolg alle operaties in dezelfde *cross-over* geannuleerd moeten worden zodra de donor van koppel A zijn toestemming heeft herroepen.²⁵⁴⁸ Anders zou het zelfbepalingsrecht van de donoren geschonden worden. Dit is bijzonder delicaat wanneer de operaties reeds gestart zijn. Overeenkomstig de algemene zorgvuldigheidsnorm uit het aansprakelijkheidsrecht zal een snelle en goed georganiseerde communicatie tussen de operatiekwartieren aanwezig moeten zijn om tijdig de operaties stil te leggen.²⁵⁴⁹

De *cross-over* transplantatie zal maar hervat kunnen worden indien de donor uit koppel A opnieuw toestemming geeft of indien er bij gebrek aan toestemming van de donor uit koppel A een nieuw donor-ontvangerkoppel wordt gevonden. Hoewel het onwaarschijnlijk is, zou de donor uit koppel B kunnen beslissen om ongeacht een wederkerige donatie uit koppel A alsnog aan de ontvanger van koppel A te doneren. In dat geval zal het evenwel niet meer om een *cross-over* transplantatie gaan.

537. In de tweede hypothese heeft de orgaanwegneming bij de donor van koppel B al *wel* plaatsgevonden op het moment van de herroeping door de donor van koppel A. De donor van koppel A zal krachtens artikel 8, § 1 Orgaantransplantatiewet en zijn recht op fysieke integriteit geenszins gedwongen kunnen worden om alsnog de orgaanwegneming te ondergaan en de *cross-over* te voltooien.

Als reactie zal de donor uit koppel B op basis van een persoonlijkheids- of eigendomsrecht zijn weggenomen orgaan nog kunnen herroepen voor zover dit nog niet bij de ontvanger van koppel A werd ingeplant.²⁵⁵⁰ Echter, zoals bij directe transplantatie zal de uitoefening van dit eigendomsrecht een rechtsmisbruik kunnen uitmaken. Dit zal haast automatisch het geval zijn indien het weggenomen orgaan niet meer bij de donor van koppel B

²⁵⁴⁶ Zie evenwel OPTN Policy 13.8.A, www.optn.transplant.hrsa.gov, waar slechts een maximum van drie paren (*three-way exchange*) wordt toegelaten.

²⁵⁴⁷ Vgl. weliswaar: 42 U.S.C. § 274e (c)(4)(E), waar vreemd genoeg wordt bepaald dat alle donoren en ontvangers in een *cross-over* procedure allen samen één *agreement* aangaan om te doneren respectievelijk te ontvangen.

²⁵⁴⁸ Zie: J. PENNEAU, o.c. in P. RAYNAUD *et al.* (eds.), *Répertoire de droit civil*, 2012, currens, nr. 171; J.-R. BINET, o.c. in J. BECQUE (ed.), *Juris Classeur: droit civil*, 2012, currens, art. 16 à 16-14: fasc. 5, nr. 91.

²⁵⁴⁹ Vgl. M.T. MORLEY, o.c., *Yale L. & Pol'y Rev.* 2003, (221) 241.

²⁵⁵⁰ Zie *supra* A.2. van deze paragraaf.

kan worden geherinplanteerd en zonder transplantatie verloren zou gaan. Behoudens het geval waarin de herinplanting nodig is voor de gezondheid van de donor uit koppel B, zal zijn louter morele belang van herroeping niet opwegen tegen het gezondheidsbelang van de ontvanger uit koppel A. Indien het weggenomen orgaan daarentegen wel nog bij de donor van koppel B kan worden geherinplanteerd, dan zou deze donor zo een ruilmiddel behouden om in een andere *cross-over* transplantatie te participeren en alsnog de ontvanger van koppel B te redden.²⁵⁵¹ Het morele belang van de donor uit koppel B en het gezondheidsbelang van de ontvanger uit koppel B zullen dan normaal wel opwegen tegen het gezondheidsbelang van de ontvanger uit koppel A. Indien het orgaan op het moment van de herroeping door de donor van koppel A echter al is ingeplant bij de ontvanger van koppel A, dan zal de donor van koppel B helemaal geen herroepingsrecht meer hebben.²⁵⁵²

Deze vaststellingen tonen duidelijk aan dat de eenzijdige herroeping door de ene donor na orgaanwegneming bij de andere donor tot een manifest onrechtvaardige situatie kan leiden. Één van de ontvangers verliest immers een kans op genezing middels een levende donor.²⁵⁵³ Om dit te vermijden wordt in de literatuur vrijwel unaniem aangeraden om beide donoren simultaan onder anesthesie te brengen.²⁵⁵⁴ Geen van hen zal dan nog in staat zijn om zijn toestemming te herroepen. In Frankrijk heeft men dergelijke oplossing zelfs bij wet verplicht gesteld.²⁵⁵⁵

In afwachting van een gelijkaardige wetsebepaling voor *cross-over* transplantatie in België kunnen m.i. de Belgische transplantatiecentra voorlopig al wel overeenkomstig de algemene zorgvuldigheidsnorm verplicht worden tot simultane anesthesie. Overtreding van deze verplichting kan leiden tot (contractuele) aansprakelijkheid voor de schade die eruit voortvloeit, alsook tot bestraffing wegens onopzettelijke slagen en verwondingen (art. 418 e.v. Sw.). Indien de ingrepen om anonimiteitsredenen in aparte ziekenhuizen plaatsvinden, zal de simultane anesthesie een extra logistieke inspanning vereisen, maar zelfs dan is ze niet onmogelijk.²⁵⁵⁶ Ten slotte wijst M.T. Morley er nog op dat een simultane wegneming volgens hem nooit 100% kan worden gegarandeerd, maar voegt er m.i. terecht aan toe dat dit risico niet opweegt tegen de baten van een *cross-over* programma.²⁵⁵⁷

538. Naast het *cross-over* programma is het mogelijk dat twee donoren tegelijkertijd een orgaanwegneming ondergaan ten behoeve van één en dezelfde transplantatie bij een ontvanger. Zo kan bv. een longkwab van donor A en een longkwab van donor B tegelijk worden getransplanteerd naar dezelfde (volwassen of pediatrische) ontvanger.²⁵⁵⁸ Gelet op het risico

²⁵⁵¹ Vgl. M.A. REES *et al.*, “A Nonsimultaneous, Extended, Altruistic-Donor Chain”, *N. Engl. J. Med.* 2009, vol. 360, (1096) 1098; A. CHKHOTUA, “Paired Kidney Donation: Outcomes, Limitations, and Future Perspectives”, *Transpl. Proc.* 2012, (1790) 1791. In geval van een zgn. ‘ongebalanceerde’ *cross-over* transplantatie zal de donor van het compatibele koppel dergelijk ‘ruilmiddel’ niet nodig hebben.

²⁵⁵² Zie *supra* A.3. van deze paragraaf.

²⁵⁵³ Vgl. Projet de loi relatif à la bioéthique, Étude d’Impact, 18 oktober 2010, <http://www.assemblee-nationale.fr>, 25, waar eveneens werd gealludeerd op de verlies van een kans-leer.

²⁵⁵⁴ G. THIEL *et al.*, *o.c.*, *Transpl. Proc.* 2001, vol. 33, (811) 813; M. DE KLERK *et al.*, *o.c.*, *Ned. T. Gen.* 2004, (420) 422; M.T. MORLEY, *o.c.*, *Yale L. & Pol’y Rev.* 2003, (221) 240; L.F. ROSS, *o.c.* in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2008, (183) 184; GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 129 en 130. Anders: OPTN Policy 13.8.B., www.optn.transplant.hrsa.gov, waar slechts wordt vereist dat iedere ingreep binnen de 24 uur start na akkoord van alle participerende artsen.

²⁵⁵⁵ Art. L1231-1, al. 3 Code de la santé publique: “(...) En cas de mise en œuvre d’un don croisé, les actes de prélèvement et de greffe sont engagés de façon simultanée respectivement sur les deux donneurs et sur les deux receveurs. (...)”

²⁵⁵⁶ M. DE KLERK *et al.*, *o.c.*, *Ned. T. Gen.* 2004, (420) 422.

²⁵⁵⁷ M.T. MORLEY, *o.c.*, *Yale L. & Pol’y Rev.* 2003, (221) 241.

²⁵⁵⁸ Vgl. M. ABECASSIS *et al.*, *o.c.*, *JAMA* 2000, vol. 284, (2919) 2921.

van herroeping zullen ook deze longkwabwegnemingen bij de donoren simultaan moeten verlopen.²⁵⁵⁹

Bij een *list paired exchange* zal de donor van koppel A een orgaan doneren aan een ontvanger op de wachtlijst in ruil voor een betere wachtlijstpositie voor de ontvanger van koppel A met het oog op het verkrijgen van een orgaan van een overleden donor. Hier zou het risico op herroeping niet enkel via simultane wegneming bij de levende en de overleden donor vermeden kunnen worden,²⁵⁶⁰ maar ook door de levende donor eerst te laten doneren. De overleden donor zal zijn toestemming immers vanzelfsprekend niet meer kunnen herroepen.

2. Gepaarde kettingruil

539. Bij een gepaarde kettingruil zal de ontvanger van koppel A typisch eerst een orgaan ontvangen van een niet-gerelateerde donor. In ruil zal de donor van koppel A een orgaan doneren aan de ontvanger van koppel B. In ruil daarvoor zal de donor van koppel B een orgaan doneren aan de ontvanger van koppel C, enzovoort.²⁵⁶¹

Bij dergelijke transplantatieconstructie is simultane anesthesie/orgaanwegneming enerzijds logistiek zeer moeilijk²⁵⁶² en anderzijds onwenselijk, aangezien wegneming en transplantatie op verschillende tijdstippen een langere ketting en betere compatibiliteit tussen donoren en ontvangers mogelijk maken.²⁵⁶³ Dit creëert echter het risico dat de donor van bv. koppel B zijn toestemming herroept nadat de ontvanger van koppel B een orgaan van de donor van koppel A heeft ingeplant gekregen.²⁵⁶⁴ Krachtens artikel 8, § 1 Orgaantransplantatiewet en zijn recht op fysieke integriteit kan de donor van koppel B geenszins gedwongen worden om alsnog een orgaanwegneming te ondergaan en de ketting verder te zetten. Het hoeft geen betoog dat het recht van de donor van koppel B om zijn toestemming tot orgaanwegneming te herroepen niet kan worden afgenomen.²⁵⁶⁵ Maar de uitoefening van dat recht zal dan uiteraard wel oneerlijk zijn tegenover koppels C en volgende, die hun hoop in de donor van koppel B hadden gesteld.

Betekent dit dat het uitvoeren van gepaarde kettingruil zonder simultane wegneming automatisch strijdig is met de algemene zorgvuldigheidsnorm? Het antwoord is m.i. negatief. In tegenstelling tot wat bij *cross-over* transplantatie wel het geval zou kunnen zijn, zal er voor de benadeelde ontvangers in een gepaarde kettingruil géén definitief verlies van genezingskansen zijn indien één van de donoren afhaakt. Zo zal bv. de ontvanger van koppel C nog steeds een beroep kunnen doen op de donor van koppel C om te participeren in een andere gepaarde transplantatieprocedure. Op basis hiervan kan worden gesteld dat simultane anesthesie of simultane wegneming niet strikt noodzakelijk is voor gepaarde kettingruil.²⁵⁶⁶

²⁵⁵⁹ J.M.M. VAN DEN BOSCH, "Longtransplantatie met behulp van levende donoren", *Ned. T. Gen.* 2006, (184) 185.

²⁵⁶⁰ Zie: A.E. ROTH *et al.*, "Utilizing List Exchange and Nondirected Donation through 'Chain' Paired Kidney Donations", *Am. J. Transpl.* 2006, vol. 6, (2694) 2704, waar blijkt dat de orgaanwegneming bij een levende donor in een *list paired exchange* simultaan met de toewijzing van een overleden donor kan gebeuren.

²⁵⁶¹ Zie *supra* Hoofdstuk I, Afd. 3 van dit Deel.

²⁵⁶² K. HEALY en K.D. KRAWIEC, *o.c.*, *Duke L.J.* 2012, (645) 651.

²⁵⁶³ K. HEALY en K.D. KRAWIEC, *o.c.*, *Duke L.J.* 2012, (645) 658. Zie evenwel: OPTN policy 13.9.A, www.optn.transplant.hrsa.gov, waar slechts kettingen van maximaal 20 donor-ontvangerkoppels worden aanvaard.

²⁵⁶⁴ De bereidheid tot verdere medewerking van de donor uit koppel B zal immers niet langer voortvloeien uit de nood om ten bate van de ontvanger van koppel B een orgaan te ruilen. Bovendien zou zijn bereidheid verder afgezwakt kunnen worden doordat de transplantatie bij de ontvanger van koppel B niet succesvol is of doordat hij te lang moet wachten alvorens het zijn beurt is om een orgaanwegneming te ondergaan. Zie: M.A. REES *et al.*, *o.c.*, *N. Engl. J. Med.* 2009, vol. 360, (1096) 1099.

²⁵⁶⁵ Mogelijk kan er op basis van de theorie van rechtsmisbruik wel tot schadevergoeding verplicht worden. Zie *supra* A.1.b. van deze paragraaf.

²⁵⁶⁶ M.A. REES *et al.*, *o.c.*, *N. Engl. J. Med.* 2009, vol. 360, (1096) 1098-1099; F. BILGEL, *The law and economics of organ procurement*, 2011, 87; A. CHKHOTUA, *o.c.*, *Transpl. Proc.* 2012, (1790) 1791; K. GLORIE *et al.*, "Allocation and matching in

Uiteraard zal er minder bereidheid tot participatie in een gepaarde ketteringruil zijn naarmate het risico op herroeping door de voorgaande donor groter is. Artsen zullen dus wel redelijke inspanningen moeten doen om de herroeping door donoren zoveel mogelijk te beperken.²⁵⁶⁷ Zo zullen ze het engagement van de donoren kunnen trachten aan te wakkeren door hen duidelijk te informeren over het belang van de transplantatie voor de ontvangers en de gevolgen van herroeping.²⁵⁶⁸

Afdeling 9. Controle op de geldigheid van de toestemming

540. In de voorgaande bespreking werd al enkele malen ervoor gepleit om de toestemmingsvoorwaarden telkens geval per geval aan een nauwgezette controle te onderwerpen. Zo kunnen categorieke wettelijke uitsluitingen vermeden worden en kan er beleidsmatig een beter evenwicht tussen de belangen van donoren en ontvangers worden bereikt. Weliswaar zal de vervulling van de toestemmingsvoorwaarden niet steeds even gemakkelijk kunnen worden geverifieerd. Om te waarborgen dat de toestemming in een bepaald geval alle nodige kenmerken vertoont en dat de autonomie van de donor gewaarborgd blijft, zijn bijgevolg adequate procedurele waarborgen bij de beoordeling van de toestemming nodig (*safety by procedure*)²⁵⁶⁹ als tegengewicht voor het gebrek aan categorieke verbodsbepalingen. Het recht mag zich logischerwijze dan ook inlaten met hoe deze controle wordt georganiseerd.²⁵⁷⁰ Hierna volgt eerst een uiteenzetting van de norm op basis waarvan de controle van de wil van de donor georganiseerd moet worden (§2). Vervolgens zullen de bestaande Belgische controlemechanismen getoetst worden aan deze norm (§ 3).

§ 1. DONOR ADVOCACY ALS NORM

A. Begrip

541. Om erop toe te zien dat de rechten van de donor bij het toestemmingsproces worden nageleefd, kan een beroep gedaan worden op zogenaamde ‘*donor advocacy*’ (donoradvocatuur) en ‘*donor advocates*’ (donoradvocaten). Na in 2002 te zijn geïntroduceerd door het Amerikaanse Advisory Committee on Organ Transplantation (ACOT) en vervolgens ook in de Amerikaanse wetgeving te zijn opgenomen,²⁵⁷¹ is het gebruik van donoradvocaten in de afgelopen jaren dankzij verschillende internationale consensusverklaringen (met de steun van de Transplantation Society) sterk op de voorgrond getreden. Het belang ervan werd onder meer op het Amsterdam forum (2004), het Vancouver forum (2006) en in de Verklaring van Istanbul

kidney exchange programs”, *Transpl. Int.* 2014, (333) 334; OPTN Policy 13.9.b, www.optn.transplant.hrsa.gov, waar wel geldt dat de donor ten hoogste drie weken na de transplantatie van zijn ontvanger zijn orgaan moet afstaan, alsook dat de ontvanger ten hoogste 24 uur na de donatie van zijn ontvanger zelf een orgaan moet krijgen.

²⁵⁶⁷ Zie ook: K. HEALY en K.D. KRAWIEC, *o.c.*, *Duke L.J.* 2012, (645) 658: “In a system based on trust, donor defections must be contained”.

²⁵⁶⁸ Opinion 2.15 – Transplantation of Organs from Living Donors, AMA Code of Medical Ethics, <http://www.ama-assn.org>; M.R. ROHANINEJAD en S.F. MOHAMMADI, “Chain Exchange Transplantation: Could the Pool of Organs Be Expanded Through Donation by Transplanted Living Cases?”, *Transpl. Proc.* 2002, vol. 34, (3045) 3049; E.S. WOODLE *et al.*, “Ethical Considerations for Participation of Nondirected Living Donors in Kidney Exchange Programs”, *Am. J. Transpl.* 2010, vol. 10, (1460) 1461 en 1465-1466, waar men vertrouwt op een *honor system*; B.K. AHN *et al.*, “The Role of the Altruistic Unbalanced Chain in Exchange Living Donor Renal Transplantation: Single-Center Experience”, *Transpl. Proc.* 2012, vol. 44, (17) 20. Zie ook: K. HEALY en K.D. KRAWIEC, *o.c.*, *Duke L.J.* 2012, (645) 646-650, 656 en 670, die nadruk leggen op het belang van taalgebruik en beeldspraak met een vrijgevigheidsconnotatie in plaats van een contractuele connotatie.

²⁵⁶⁹ Vgl. T. GUTMANN en W.G. LAND, *o.c.* in R.W.G. GRUESSNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, 2008, (37) 40; L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 287.

²⁵⁷⁰ Vgl. K. LOBAS, *o.c.*, *Seton Hall Legis. J.* 2005-06, vol. 30, (475) 495.

²⁵⁷¹ ACOT Recommendation 2, 2002, www.organdonor.gov; 42 C.F.R. § 482.98(d).

(2008)²⁵⁷² aanvaard. Ook in België werd het belang van *donor advocates* onder meer door het Bureau van de Nationale Raad van de Orde van Geneesheren erkend.²⁵⁷³

542. Wat houdt *donor advocacy* in? Zoals al uit de benaming kan worden afgeleid, is *donor advocacy* in essentie een vorm van ondersteuning van de (potentiële) donor. Dit impliceert een zekere vertegenwoordiging en adviesfunctie.²⁵⁷⁴ D.M. Kashmer *et al.* definiëren *donor advocacy* dan ook als “*a process or instance of supporting a potential or actual organ donor. The primacy in donor advocacy is placed on protecting donors’ rights to donate and the creation of representation for the donor in the decision making process that occurs as part of transplantation evaluation and completion.*”²⁵⁷⁵ Volgens het Amerikaanse ACOT is het in het algemeen de taak van de donoradvocaat “*to protect and promote the interests and well being of the donor*”.²⁵⁷⁶ Volgens het Amerikaanse OPTN gaat het om het waarborgen van de ‘*best interests*’ van de donor en het behartigen van diens rechten.²⁵⁷⁷ Volgens de Amerikaanse wetgeving moet de donoradvocaat ook de beslissing van de donor respecteren.²⁵⁷⁸

Moet de donoradvocaat nu handelen op basis van wat hij in belang van de donor acht,²⁵⁷⁹ of is hij slechts een spreekbuis die de subjectieve wil van de donor zoveel mogelijk moet proberen te laten primeren?²⁵⁸⁰ Voor België moet m.i. het antwoord gezocht worden in de systematiek van de Orgaantransplantatiewet. Uit het samenspel van artikel 3, § 1, lid 2, artikel 5 en artikel 6 Orgaantransplantatiewet moet worden afgeleid dat de wil van de donor slechts kan prevaleren indien de gezondheidsrisico’s objectief gezien aanvaardbaar zijn.²⁵⁸¹ Bijgevolg zou de Belgische donoradvocaat in twee stappen moeten werken. Eerst moet hij de gezondheidsrisico’s als aanvaardbaar kunnen beschouwen. Pas dan kan hij de wil van de donor promoten.

B. Drie kenmerken

543. Uit de literatuur kunnen drie basiskekenmerken van *donor advocacy* worden gedistilleerd. Het eerste kenmerk betreft de *taakinhoud*. De rol van de donoradvocaat in het donatieproces moet ruim worden opgevat. Het impliceert idealiter een continue betrokkenheid in de informatieverstrekking over de pre-, peri- en postoperatieve en sociale aspecten van

²⁵⁷² Voorstel 2 (living donors) Verklaring van Istanbul (2008).

²⁵⁷³ Advies van het Bureau van de Nationale Raad van de Orde van Geneesheren van 26 maart 2009 betreffende het protocol “The Belgian Living Donor Exchange”, www.ordomedic.be. Zie ook: B. VAN HAELEWIJCK, *Don d’organes. Don de tissus*, Brussel, Kluwer, 2002, 38; M. HELBERT, *o.c.*, *Orpadt forum* 2012, jaargang 12, nr. 1, (10) 16-17; advies van de Nationale Raad voor ziekenhuisvoorzieningen van 12 mei 2011 m.b.t. orgaanwegname en –transplantatie, <http://www.health.belgium.be>, 7; advies van de Nationale Raad voor ziekenhuisvoorzieningen van 10 mei 2012 m.b.t. orgaanwegname en orgaantransplantatie, <http://www.health.belgium.be>, 4.

²⁵⁷⁴ Vgl. 42 C.F.R. § 482.98(d)(3)(i).

²⁵⁷⁵ D.M. KASHMER *et al.*, “Donor Advocacy” in R.W.G. GRUENNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, 2008, (54) 54.

²⁵⁷⁶ ACOT Recommendation 2, www.organdonor.gov. Zie eveneens: 42 C.F.R. § 482.98(d)(3)(ii).

²⁵⁷⁷ OPTN Policy 14.2.C, www.optn.transplant.hrsa.gov. Dit wordt zo geformuleerd t.a.v. leverdonatie. T.a.v. nierdonatie werd enkel bepaald dat hij de rechten van de donor moet behartigen (OPTN Policy 14.2.A, www.optn.transplant.hrsa.gov).

²⁵⁷⁸ 42 C.F.R. § 482.98(d)(3)(iii).

²⁵⁷⁹ In die zin: THE ETHICS COMMITTEE OF THE TRANSPLANTATION SOCIETY, *o.c.*, *Transplantation* 2004, vol. 78, nr. 4, (491) 492; T.L. PRUETT *et al.*, *o.c.*, *Transplantation* 2006, vol. 81, nr. 10, (1386) 1387.

²⁵⁸⁰ J.L. STEEL, *o.c.*, *Clin. Transplant* 2013, vol. 27, (178) 183.

²⁵⁸¹ Zie hierover uitgebreid *infra* Hoofdstuk IV van dit Deel.

orgaandonatie²⁵⁸² en in het maken van een bewuste,²⁵⁸³ vrije²⁵⁸⁴ en altruïstische beslissing door de donor.²⁵⁸⁵ Vooral in verband met dwang worden procedurele criteria en protocollen van belang geacht.²⁵⁸⁶ Een donoradvocaat zou bovendien steeds beschikbaar moeten zijn om vragen te kunnen beantwoorden.²⁵⁸⁷

544. Het tweede kenmerk betreft de *bekwaamheid* van donoradvocaten.²⁵⁸⁸ In de VSA kan ofwel één donoradvocaat, dan wel een team worden aangesteld voor donor advocacy.²⁵⁸⁹ Onderzoek in de Verenigde Staten heeft uitgewezen dat er veel variatie bestaat wat betreft de personen die als *donor advocate* optreden. Zo gaat het onder meer om verplegers, sociaal assistenten, psychologen, geestelijken en anderen.²⁵⁹⁰ Een meer coherente functietoedeling is evenwel aangewezen. Gelet op de aard van zijn taken kan worden verdedigd dat er een donoradvocaat moet zijn die bekwaam is op medisch vlak²⁵⁹¹ en bekend is met de specifieke aspecten van orgaandonatie en -transplantatie.²⁵⁹²

Gelet op de aard en verscheidenheid van de toestemmingsaspecten kan bovendien worden verdedigd dat de taken van *donor advocacy* worden waargenomen door een *team* bestaande uit verschillende relevante disciplines, zoals bv. een interne arts, een transplantatiecoördinator, een sociaal assistent of maatschappelijk werker, een psycholoog of desnoods een psychiater, een gespecialiseerde arts naargelang de ziekte en een ethicus.²⁵⁹³ Een teamaanpak, bestaande uit verschillende consultaties, heeft als voordeel dat de verkregen informatie van de donor kan vergeleken worden, zodat inconsistenties kunnen worden opgemerkt.²⁵⁹⁴

545. Als laatste kenmerk moeten donoradvocaten ten slotte *onafhankelijk* zijn. Om de belangen en het welzijn van de donor daadwerkelijk te behartigen, moet de *donor advocate* meer bepaald onafhankelijk staan ten aanzien van de ontvanger en het transplantatieteam.²⁵⁹⁵

²⁵⁸² T. MARTENS en K. VANDEWOUDE, "Ethische aspecten van levende orgaandonatie", *T. Gen.* 2009, afl. 65, nr. 8, (350) 352. Zie ook: OPTN Policy 14.2, www.optn.transplant.hrsa.gov.

²⁵⁸³ ACOT Recommendation 2, www.organdonor.gov.

²⁵⁸⁴ 42 C.F.R. § 482.98(d)(3)(iii); E.J. GORDON, o.c., *Am. J. Transpl.* 2012, vol. 12, (2273) 2276; N. BILLER-ANDORNO, o.c., *Transplantation* 2011, vol. 92, (617) 618; L.F. ROSS, o.c., *Am. J. Transpl.* 2010, vol. 10, (731) 734; Appendix, iii bij Recommendation R(97) 16 of the Committee of Ministers to member states on liver transplantation from living related donors, <http://www.coe.int>.

²⁵⁸⁵ D.L. RUDOW, o.c., *Progress in Transplantation* 2009, vol. 19, nr. 1, (64) 64-65, 67 en 68-69; J.-P. SQUIFFLET, o.c., *Transpl. Proc.* 2011, vol. 43, (3392) 3394; J.L. STEEL, "The development of practice guidelines for independent living donor advocates", *Clin. Transplant* 2013, vol. 27, (178) 180, 181 en 182; T.L. PRUETT et al., o.c., *Transplantation* 2006, vol. 81, nr. 10, (1386) 1387; R. MUNSON, o.c. in B. STEINBOCK (ed.), *The Oxford handbook of bioethics*, 2007, (211) 229; M. HELBERT, o.c., *Orpadt forum* 2012, jaargang 12, nr. 1, (10) 16-17.

²⁵⁸⁶ D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008 303-304; L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 288.

²⁵⁸⁷ L.F. ROSS, o.c., *Am. J. Transpl.* 2010, vol. 10, (731) 735.

²⁵⁸⁸ Zie ook art. 3bis, lid 2 Orgaantransplantatiewet.

²⁵⁸⁹ 42 C.F.R. § 482.98(d).

²⁵⁹⁰ J.L. STEEL, o.c., *Clin. Transplant* 2013, vol. 27, (178) 179.

²⁵⁹¹ THE ETHICS COMMITTEE OF THE TRANSPLANTATION SOCIETY, o.c., *Transplantation* 2004, vol. 78, nr. 4, (491) 492.

²⁵⁹² 42 C.F.R. § 482.98(d)(2); D.L. RUDOW, o.c., *Progress in Transplantation* 2009, vol. 19, nr. 1, (64) 66 en 67; M. ABECASSIS et al., o.c., *JAMA* 2000, vol. 284, (2919) 2923; N. DUERINCKX et al., o.c., *Transpl. Int.* 2014, vol. 27, (2) 16.

²⁵⁹³ D.L. RUDOW, o.c., *Progress in Transplantation* 2009, vol. 19, nr. 1, (64) 66-76; K.A. BRAMSTEDT en S. KATZNELSON, o.c., *Clin. Transplant* 2009, vol. 23, (157) 157. In die zin ook: J.-P. SQUIFFLET, o.c., *Transpl. Proc.* 2011, vol. 43, (3392) 3395; T. MARTENS en K. VANDEWOUDE, o.c., *T. Gen.* 2009, afl. 65, nr. 8, (350) 352; Advies nr. 11 van 20 december 1999 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 17; M. HELBERT, o.c., *Orpadt forum* 2012, jaargang 12, nr. 1, (10) 17. Vgl. ook: R. KANDASWAMY en A. HUMAR, "Nephrectomy from a Living Donor" in A. HUMAR, A.J. MATAS en W.D. PAYNE (eds.), *Atlas of Organ Transplantation*, Londen, Springer, 2006, (59) 60. Indien de donor een gedetineerde zou zijn, dan zou de aanwezigheid van een jurist nuttig kunnen zijn. Zie: L.D. DE CASTRO, o.c. *J. Med. Ethics* 2003, vol. 29, (171) 174.

²⁵⁹⁴ Vgl. K.A. BRAMSTEDT en S. KATZNELSON, o.c., *Clin. Transplant* 2009, vol. 23, (157) 157; S.G. JOWSEY en T.D. SCHNEEKLOTH, o.c., *Transplantation Reviews* 2008, vol. 22, (192) 193.

²⁵⁹⁵ M. ABECASSIS et al., o.c., *JAMA* 2000, vol. 284, (2919) 2920; THE ETHICS COMMITTEE OF THE TRANSPLANTATION SOCIETY, o.c., *Transplantation* 2004, vol. 78, nr. 4, (491) 492; D.L. RUDOW, o.c., *Progress in Transplantation* 2009, vol. 19, nr. 1,

Zelfs als er maar één team (voor wegneming en transplantatie) is, zouden verschillende artsen de verantwoordelijkheid voor donor en ontvanger moeten dragen.²⁵⁹⁶ Anders verkeert men in een situatie van mogelijk conflicterende belangen, waarin zelfs onbewust het objectief karakter van de belangenafwegingen kan vervagen.²⁵⁹⁷

De realiteit is weliswaar dat de onafhankelijkheid en objectiviteit onvermijdelijk begrensd zijn. Ideaal zou zijn dat geen enkel lid van het team tewerkgesteld is bij het transplantatiecentrum, maar dit is onpraktisch omdat de specifieke kennis over transplantatie die nodig is, niet steeds buiten de centra aanwezig is.²⁵⁹⁸ Binnen een transplantatiecentrum zullen de verschillende artsen niet geheel afzonderlijk functioneren. Voor de goede werking zullen ze contacten onderhouden met elkaar en zal de donoradvocaat interageren met de artsen van de ontvanger.²⁵⁹⁹ In de Amerikaanse wetgeving werd dan ook als tegemoetkoming bepaald dat de donoradvocaat of -advocaten niet ‘op regelmatige basis’ betrokken mogen zijn bij transplantatie-activiteiten.²⁶⁰⁰ De American Medical Association stelt verder dat sommige personen in het donoradvocatenteam mogen participeren in de zorg voor de ontvanger, maar dat dit team idealiter zo onafhankelijk mogelijk is om werkelijke of schijnbare belangenconflicten te vermijden.²⁶⁰¹ De donoradvocaat zou hoe dan ook niet betrokken mogen zijn geweest bij de evaluatie van de kandidaat-ontvanger of bij de beslissing om hem te transplanteren.²⁶⁰²

Sommigen stellen een nog strengere onafhankelijkheidswaarborg voorop. Zo wordt vanuit de Raad van Europa gesteld dat de donor recht moet hebben op advies over de wegnemingsrisico's van iemand die eveneens onafhankelijk staat ten aanzien van de orgaanwegneming.²⁶⁰³ Zo beoogt men klaarblijkelijk te vermijden dat de ‘adviseur’ de risico's zal onderwaarden en de voordelen zal overwaarden.²⁶⁰⁴ In dezelfde zin meent A.-C. Squifflet dat er een mogelijk belangenconflict bestaat indien de arts die de wegneming zal verrichten, zelf de geoorloofdheidsvoorwaarden van deze ingreep moet beoordelen.²⁶⁰⁵ De onafhankelijkheid kan inderdaad nog sterker gewaarborgd kan worden indien de donoradvocaat niet enkel los staat van de transplantatie bij de ontvanger, maar ook van de orgaanwegneming bij de donor. Dit sluit m.i. echter niet uit dat er vanuit het wegnemingsteam eveneens betrokkenheid bij de *donor advocacy* kan zijn. De bezorgdheid van risico-onderwaarding en voordeel-overwaarding wordt immers al grotendeels opgevangen door een onafhankelijkheid ten aanzien van het transplantatieteam te vereisen.²⁶⁰⁶ Bovendien zal de strafrechtelijke en/of burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de leden van het wegnemingsteam afhangen van de

(64) 65; J.-P. SQUIFFLET, *o.c.*, *Transpl. Proc.* 2011, vol. 43, (3392) 3394; Advies van het Bureau van de Nationale Raad van de Orde van Geneesheren van 26 maart 2009 betreffende het protocol “The Belgian Living Donor Exchange”, www.ordomedic.be; R. MUNSON, *o.c.* in B. STEINBOCK (ed.), *The Oxford handbook of bioethics*, 2007, (211) 228-229 en 236. Zie ook reeds: Advies nr. 11 van 20 december 1999 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 17.

²⁵⁹⁶ Memorie van toelichting Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 46.

²⁵⁹⁷ J.F. RANG, *o.c.*, *TvGR* 1979, (14) 22, waar wordt gesproken over ‘vertrouwenslieden’.

²⁵⁹⁸ A.J. KOFFRON en M. ABECASSIS, *o.c.* in R.W.G. GRUESSNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, 2008, (448) 449.

²⁵⁹⁹ ACOT Recommendation 2, www.organdonor.gov, waar het voorts noodzakelijk, maar voldoende wordt geacht dat de donor een aparte arts toegewezen krijgt.

²⁶⁰⁰ 42 C.F.R. § 482.98(d)(1).

²⁶⁰¹ Opinion 2.15 – Transplantation of Organs from Living Donors, AMA Code of Medical Ethics, <http://www.ama-assn.org>.

²⁶⁰² OPTN Policy 14.2.A, www.optn.transplant.hrsa.gov.

²⁶⁰³ Art. 12, lid 2 Transplantatieprotocol EVRM-Bio; aanbeveling 4, e in Resolution CM/Res(2008)4 on adult-to-adult living donor liver transplantation, <http://www.coe.int>, aanbeveling v in Resolution CM/Res(2013)56 on the development and optimisation of live kidney donation programmes, <http://www.coe.int>.

²⁶⁰⁴ Resolution CM/Res(2008)6 on transplantation of kidneys from living donors who are not genetically related to the recipient, www.edqm.eu; A. LIU, *o.c.* in M. FREEMAN en A. D.E. LEWIS, *Law and medicine*, 2000, (473) 481.

²⁶⁰⁵ A.-C. SQUIFFLET, *o.c.*, *Ann. Dr. Louvain* 2011, (357) 382, nr. 50.

²⁶⁰⁶ Vgl. J.E.M. AKVELD, *Transplantatie en wetgeving*, 1987, 91.

beoordeling van de geoorloofdheidsvoorwaarden. Het is niet meer dan logisch dat ook vanuit het wegnemingsteam een controle op deze voorwaarden wordt uitgevoerd in plaats van volledig te vertrouwen op het (mogelijk foutieve) oordeel van derden.

§ 2. CONTROLEVORMEN

546. Naar Belgisch recht werden met name vier verschillende controlevormen voor de toestemming van de levende donor voorzien: de controle door de wegnemende arts (A), de controle door een multidisciplinair overleg (B), de optionele controle door het lokaal ethisch comité (C) en de controle *a posteriori* door de rechter (D).

A. Controle door de wegnemende arts

547. De Orgaantransplantatiewet legt een persoonlijke controleplicht op aan de wegnemende arts.²⁶⁰⁷ Iedere arts die zich voorneemt een orgaanwegneming te verrichten, moet zich ervan vergewissen dat de wettelijke voorwaarden van artikelen 5 tot en met 8 Orgaantransplantatiewet vervuld zijn (art. 9, lid 1 Orgaantransplantatiewet). Het transplantatiecentrum waar de wegnemende arts werkzaam is, moet hierover een werkprocedure uitwerken als onderdeel van haar kwaliteitshandboek.²⁶⁰⁸ Schending van deze controleplicht is een wanbedrijf dat gestraft kan worden met een gevangenisstraf en/of een geldboete.²⁶⁰⁹

Hierna zal dieper worden ingegaan op de wettelijk voorziene controle door de wegnemende arts op (1) het geïnformeerde, vrije, bewuste en oordeelkundige karakter van de toestemming, (2) het altruïstische karakter van de toestemming en (3) op de vormvereisten. Afsluitend wordt ingegaan op de vraag in hoeverre de wegnemende arts kan optreden als donoradvocaat (4).

1. Controle op het geïnformeerde, vrije, bewuste en oordeelkundige karakter

548. Overeenkomstig artikel 8, § 1 *juncto* artikel 9, lid 1 Orgaantransplantatiewet moet de wegnemende arts moet zich ervan vergewissen dat de donor *vrij en bewust* zijn toestemming heeft gegeven.²⁶¹⁰ In artikel 9, lid 3 Orgaantransplantatiewet wordt bovendien bepaald dat hij moet vaststellen dat de donor zijn beslissing *oordeelkundig* heeft genomen. Deze bepalingen impliceren een controle op het *wilsbekwame* en *geïnformeerde* karakter van de toestemming.²⁶¹¹ De arts werd zo impliciet bekwaam geacht om de geestestoestand van de donor te beoordelen.²⁶¹² Een eventuele kritiek op deze controlebevoegdheid luidt dat ze aspecten betreft die niets met enige specialistische medische kennis te maken hebben, zodat ze op een flinterdun fundament berust.²⁶¹³

²⁶⁰⁷ Zie ook voor Nederland: art. 3, lid 2 Wet Orgaandonatie.

²⁶⁰⁸ Art. 10/3, lid 2, 2° KB Transplantatiecentra.

²⁶⁰⁹ Art. 17, § 3, lid 1 Orgaantransplantatiewet.

²⁶¹⁰ Art. 8, § 1 *juncto* art. 9, lid 1 Orgaantransplantatiewet.

²⁶¹¹ Cf. *supra* Afd. 6 van dit Hoofdstuk.

²⁶¹² Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220/9, 36-37.

²⁶¹³ H. WILLEKENS, o.c. in A. HEYVAERT, R. KRUIHOF en T. VANSWEEVELT (eds.), *Juridische aspecten van de geneeskunde*, 1989, (11) 27, die stelt dat de arts slechts oppervlakkig bekend zal zijn met de complexe sociale relaties waarbinnen de donor zijn beslissing neemt.

549. Hoe ver moet de wegnemende arts gaan bij de controle inzake de bovenvermelde toestemmingsvoorwaarden? Volgens artikel 9, lid 1 Orgaantransplantatiewet moet de arts “*zich ervan vergewissen*”, d.w.z. zich zekerheid verschaffen. Dit lijkt op het eerste gezicht een grondig onderzoek te veronderstellen. Artikel 9, lid 3 Orgaantransplantatiewet heeft het daarentegen over “*vaststellen*”, wat een minder actieve rol lijkt te impliceren. Dit verschil in terminologie is verwarrend en verdient wettelijke verheldering. Tot dan kan m.i. een veeleer marginale controleplicht van de wegnemende arts verdedigd worden. Hiervoor bestaan een drietal argumenten.

Allereerst kan worden gekeken naar de *ratio legis*. Het *vaststellen* van het *oordeelkundig* karakter van de toestemming hangt volgens de wetgever samen met de informatieplicht van de wegnemende arts. Er zullen naar aanleiding van de informatieverstrekking één of meerdere gesprekken tussen de arts en de donor plaatsvinden. Slechts indien de arts uit de reacties van de donor opmaakt dat deze zijn beslissing niet oordeelkundig heeft genomen, mag hij de wegneming niet uitvoeren.²⁶¹⁴ Het is bijgevolg niet de bedoeling dat de arts zelf een uitgebreid psychologisch onderzoek moeten voeren. Dit lijkt veeleer te behoren tot de taakomschrijving van het multidisciplinair overleg.²⁶¹⁵ De wegnemende arts zal zich dan ook op de conclusies van het overleg, evenals de eventuele resultaten van vooraf gevoerde onderzoeken kunnen baseren.²⁶¹⁶ In dezelfde zin moet m.i. ook de verplichting tot het zich *vergewissen* van het *vrije en bewuste* karakter van de toestemming worden opgevat. Dit volgt logischerwijze uit het feit dat het oordeelkundig karakter van de toestemming inhoudelijk voor een groot stuk samenvalt met het vrije en bewuste karakter.

Vervolgens geldt een beleidsmatige argument. Ten aanzien van de wegnemende arts is deze ‘marginale’ controleplicht immers de meest wenselijke. In tegenstelling tot bv. de leeftijd of het bestaan van een geschrift betreffen deze toestemmingskenmerken immers de innerlijke status van de donor. Het is zeer moeilijk om hierover zekerheid te krijgen.²⁶¹⁷ Aldus wordt tegemoetgekomen aan de kritiek dat de controleplicht van de arts hier aspecten betreft die niets te maken hebben met specifieke medische kennis en dus zijn (controle)bevoegdheid enigszins ondermijnen.²⁶¹⁸

Tot slot geldt er nog een juridisch-technisch argument: er moet rekening worden gehouden met het strafrechtelijk karakter van de Orgaantransplantatiewet. Het betreft hier een verplichting waarvan de schending tot strafrechtelijke aansprakelijkheid kan leiden.²⁶¹⁹ Een strafwet dient toch veeleer restrictief ten aanzien van de mogelijke ‘dader’ te worden geïnterpreteerd.²⁶²⁰ Dat de wetgever in 1986 de bedoeling had om levende donatie slechts uitzonderlijk toe te laten, kan hier niet als argument voor een strengere controleplicht dienen. De wetgever heeft op dit punt immers zelf aangegeven dat geen diepgaand onderzoek bedoeld werd. En zoals reeds gezegd, is dit ook niet meer nodig, gelet op de verplichting tot voorafgaand multidisciplinair overleg.

²⁶¹⁴ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 1984-1985, nr. 832/1, 9; Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220/9, 37. In dezelfde zin: J. MATTHIJS, o.c., *RW* 1971-72, (161) 173, nr. 22.

²⁶¹⁵ Zie *infra* B van deze paragraaf.

²⁶¹⁶ In dezelfde zin: J. MATTHIJS, o.c., *RW* 1971-72, (161) 173, nr. 22.

²⁶¹⁷ Vgl. T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 120.

²⁶¹⁸ H. WILLEKENS, o.c. in A. HEYVAERT, R. KRUIHOF en T. VANSWEEVELT (eds.), *Juridische aspecten van de geneeskunde*, 1989, (11) 27.

²⁶¹⁹ Art. 17, § 3, lid 1 Orgaantransplantatiewet.

²⁶²⁰ Cf. *supra* Deel II, Hoofdstuk II, Afd. 1.

2. Controle op het altruïstisch karakter

550. De wegnemende arts moet eveneens vaststellen dat de donor zijn beslissing “*met een niet te betwijfelen altruïstisch doel*” heeft genomen.²⁶²¹ Dat het altruïstisch doel niet te betwijfelen mag zijn, leidde tot bezorgdheid over de mogelijke strafbaarstelling van de arts wegens schending van zijn controleplicht.²⁶²² Het lijkt immers moeilijk om met absolute zekerheid het altruïstisch oogmerk te kunnen vaststellen. Het altruïstisch karakter is namelijk van dezelfde orde als het vrije en bewuste karakter: het betreft de interne roerselen van de donor. Winstoogmerk (en motieven in het algemeen) kunnen dan ook gemakkelijk verborgen worden.²⁶²³ Bovendien werd geopperd dat een arts niet over een bijzondere bekwaamheid beschikt om het altruïstisch karakter te beoordelen nu deze kwestie een voorspelling over complexe sociale relaties betreft en niets met specialistische kennis te maken heeft.²⁶²⁴

Of deze bezorgdheden terecht zijn, hangt af van hoe strikt de controleplicht van de arts wordt opgevat. Volgens de wetgever vereist het ‘vaststellen’ van het onbetwifelbaar altruïstisch doel niet dat de arts telkens een uitgebreide enquête moet voeren naar de motivering van de donor.²⁶²⁵ Wel zal de arts doorheen zijn gesprekken met de donor een zekere alertheid aan de dag moeten leggen. Er zal dan op verschillende factoren gelet moeten worden. Zoals de wetgever zelf al aangaf, zou twijfel over het altruïsme kunnen voorspruiten uit de mededelingen van de donor zelf.²⁶²⁶ Het belang van het vermijden van orgaanhandel vereist m.i. dat de alertheid van de arts zich niet beperkt tot loutere mededelingen. Ze moet zich eveneens richten tot alle andere eenvoudig kenbare omstandigheden van de zaak (bv. gebrek aan relatie tussen donor en ontvanger). Slechts bij het miskennen van flagrante gevallen van commercialiteit zou de arts volgens de wetgever strafrechtelijk aansprakelijk mogen zijn.²⁶²⁷ Het risico op strafbaarstelling van de arts valt dus al bij al nog mee. Het argument dat de arts geen ‘bijzondere bekwaamheid’ zou hebben om het altruïstisch karakter te beoordelen, vormt evenmin een bezwaar nu hij niet (zelf) tot een uitgebreide psychosociale screening moet overgaan.

Zolang er twijfel omtrent het altruïsme van de donor bestaat, zal de arts de orgaanwegname bij de levende donor moeten weigeren om strafrechtelijke aansprakelijkheid te vermijden. Toch is het bestaan van twijfel niet noodzakelijk het eindpunt. Wil men alsnog tot orgaanwegname overgaan dan zal logischerwijze een grondigere controle van de ingesteldheid van de donor moeten plaatsvinden in een poging om duidelijk bewijs van altruïsme te vergaren.²⁶²⁸ Echter, hiervoor zal de wegnemende arts wellicht niet steeds de

²⁶²¹ Art. 9, lid 3 Orgaantransplantatiewet.

²⁶²² Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220/9, 37; S. OSCHINSKY en Y. OSCHINSKY, “Prélèvement et transplantation d’organes”, *JT* 1987, (169) 171; R. VERELST, “De wet op het wegnemen en transplanteren van organen”, *VI. T. Gez.* 1987, (97) 100.

²⁶²³ M. ABECASSIS *et al.*, *o.c.*, *JAMA* 2000, vol. 284, (2919) 2922; H.-L. SCHREIBER, *o.c.* in W. LAND en J.B. DOSSETOR (eds.), *Organ Replacement Therapy*, 1991, (13) 16; GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 115; HOUSE OF LORDS EUROPEAN UNION COMMITTEE, *Increasing the supply of donor organs within the European Union. Vol. I: Report*, 2008, www.publications.parliament.uk, 47; A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, 1999, 103 en 196.

²⁶²⁴ Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220/9, 37; H. WILLEKENS, *o.c.* in A. HEYVAERT, R. KRUIJTHOF en T. VANSWEEVELT (eds.), *Juridische aspecten van de geneeskunde*, 1989, (11) 27. In dezelfde zin: S. OSCHINSKY en Y. OSCHINSKY, *o.c.*, *JT* 1987, (169) 171; H. DE PAGE, door J.-P. MASSON, *Traité*, II, 1990, nr. 39 C. Vgl. ook: A. LIU, *o.c.* in M. FREEMAN en A. D.E. LEWIS, *Law and medicine*, 2000, (473) 482 en 483.

²⁶²⁵ Memorie van toelichting, *Parl. St. Senaat* 1984-1985, nr. 832/1, 9.

²⁶²⁶ Memorie van toelichting, *Parl. St. Senaat* 1984-1985, nr. 832/1, 9.

²⁶²⁷ Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220/9, 38.

²⁶²⁸ Zie ook: J. MATTHIJS, *o.c.*, *RW* 1971-72, (161) 173-174, 174-175, nr. 24.

nodige bekwaamheid bezitten. De grondige donorscreening hoort veeleer thuis in het raam van het onafhankelijke multidisciplinair overleg.²⁶²⁹

3. Controle op de vormvereisten

a. Interpretatieperikelen

551. De wegnemende arts moet vervolgens controle uitoefenen op de naleving van de vormvoorwaarden uit artikel 8, § 2 Orgaantransplantatiewet.²⁶³⁰ Dit houdt in dat de arts het toestemmingsgeschrift onder ogen moet hebben gekregen. Of de toestemming al dan niet in het bijzijn van een getuige is gegeven, kan worden afgeleid uit de handtekeningen in dit geschrift.

Uit het feit dat de wet expliciet stelt dat de wegnemende arts zich ervan moet vergewissen dat de toestemming schriftelijk is gegeven, volgt m.i. dat deze arts niet altijd zelf tijdens het ondertekenen van het geschrift aanwezig moet zijn. Ook artikel 8, § 2 Orgaantransplantatiewet zelf vereist geenszins de aanwezigheid van de arts. Uiteraard neemt dit niet weg dat zijn aanwezigheid in andere fasen van het toestemmingsproces, met name tijdens de informatieverstrekking,²⁶³¹ wel vereist is.

552. Artikel 8, § 3 Orgaantransplantatiewet bepaalt dat het bewijs van de toestemming moet worden geleverd aan de arts die zich voorneemt de wegneming te verrichten. Deze bepaling houdt ongetwijfeld verband met de controleplicht van de wegnemende arts inzake het toestemmingsgeschrift. Haar juiste draagwijdte is echter niet zo duidelijk. Het toestemmingsgeschrift vormt vanzelfsprekend het beste bewijs dat er een toestemming werd gegeven. Omvat het ‘bewijs van toestemming’ enkel dit toestemmingsgeschrift, of wordt ook het bewijs van alle andere toestemmingsvoorwaarden bedoeld? En hoe of door wie moet dit bewijs dan precies worden geleverd?

Tijdens de totstandkoming van de Orgaantransplantatiewet werd beweerd dat artikel 9, lid 1 Orgaantransplantatiewet (controle op de naleving van artikelen 5 t.e.m. 8) overbodig zou zijn, omdat artikel 8, § 3 Orgaantransplantatiewet reeds de bewijslast van de toestemming (van de donor) aan de (wegnemende) arts oplegt.²⁶³² Aldus lijkt men in artikel 8, § 3 een bewijsregel ten nadele van de arts te lezen. In deze opvatting gaat men er immers vanuit dat de arts ingevolge artikel 8, § 3 niet het bewijs van toestemming, maar ook het bewijs van alle andere toestemmingsvoorwaarden moet leveren. Hoe zou artikel 8, § 3 anders artikel 9, lid 1 (dat zich uitstrekt over alle toestemmingsvoorwaarden) overbodig kunnen maken?

Deze opvatting is evenwel manifest strijdig met de tekst van de wet. Het bewijs moet immers geleverd worden ‘aan’ en niet ‘door’ de arts.²⁶³³ De bewijslast van eventuele schendingen van de toestemmingvoorwaarden ligt bij het Openbaar Ministerie en/of de patiënt (art. 870 Ger. W. en art. 1315 BW).²⁶³⁴ Zelfs indien men deze opvatting zou aanvaarden, gaat het niet op om artikel 9, lid 1 Orgaantransplantatiewet als overbodig te bestempelen. In tegenstelling tot artikel 8, § 3 vereist artikel 9, lid 1 niet enkel de controle op de toestemming,

²⁶²⁹ Zie *infra* B van deze paragraaf.

²⁶³⁰ Art. 8, § 2 *juncto* art. 9, lid 1 Orgaantransplantatiewet.

²⁶³¹ Zie *supra* Afd. 5, § 2, A.1 van dit Hoofdstuk.

²⁶³² Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220/9, 34.

²⁶³³ H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 2005, 516, nr. 1205.

²⁶³⁴ De rechter mag weliswaar oordelen dat een negatief feit (bv. het gebrek aan geïnformeerde toestemming) niet met dezelfde striktheid als een bevestigend feit moet worden geleverd (maar bv. ook aan de hand van vermoedens). Vgl. Cass. 16 december 2004, *T. Gez.* 2004-05, 299, noot S. LIERMAN.

maar ook op de evenredigheidsvoorwaarden,²⁶³⁵ zodat het op dit punt nog wel van belang zou zijn.

b. Voorstel tot wettelijke verduidelijking

553. Hoe moet artikel 8, § 3 Orgaantransplantatiewet dan wel geïnterpreteerd worden? De memorie van toelichting bij artikel 8, § 3 biedt geen duidelijk antwoord.²⁶³⁶ Er kan alvast worden aanvaard dat het ‘bewijs van toestemming’ zich uitstrekt tot alle toestemmingsvoorwaarden en niet enkel tot het geschriftvereiste. Deze interpretatie valt het best te rijmen met artikel 9 Orgaantransplantatiewet, dat immers de wegnemende arts verplicht tot de vaststelling van de vervulling van alle toestemmingsvoorwaarden. Het is dus niet voldoende dat de arts enkel het bestaan van het ondertekend toestemmingsgeschrift vaststelt.²⁶³⁷

In dezelfde lijn betekent artikel 8, § 3 Orgaantransplantatiewet volgens H. Nys dat de wegnemende arts bovendien geen genoegen mag nemen met het bewijs van toestemming via een omweg, maar rechtstreeks via de donor het toestemmingsbewijs moet verkrijgen.²⁶³⁸ Hij mag evenmin genoegen nemen met een verklaring van de transplantatiecoördinator, het multidisciplinair overlegcomité of enig ander personeelslid. Het vaststellen van het vrije, bewuste, oordeelkundige en altruïstische karakter van de toestemming door de arts vereist logischerwijze persoonlijk contact.²⁶³⁹

De meerwaarde die artikel 8, § 3 Orgaantransplantatiewet aan artikel 9, lid 1 Orgaantransplantatiewet lijkt te moeten geven, is bijgevolg dat de wegnemende arts de vervulling van de toestemmingsvoorwaarden controleert door *zelf* de donor te beoordelen. De huidige tekst van artikel 8, § 3 weerspiegelt deze opvatting niet of hoogstens op gebrekkige wijze. Een verduidelijking van de wet is dus vereist.

4. De wegnemende arts als donoradvocaat?

554. Op basis van het voorgaande staat vast dat de wegnemende arts in ruime mate betrokken zal moeten zijn in het toestemmingsproces. Als ‘behandelende arts’ heeft de wegnemende arts veel contact met de donor en kan hij deze dan ook beter doorgronden.²⁶⁴⁰

Een donoradvocaat moet naast dergelijke betrokkenheid eveneens onafhankelijk zijn van de ontvanger en diens artsen.²⁶⁴¹ De Orgaantransplantatiewet waarborgt zelf niet dat de wegnemende arts over deze onafhankelijkheid beschikt. Een orgaanwegname bij leven zal wel steeds in een transplantatiecentrum moeten plaatsvinden. En hier geldt overeenkomstig artikel 7 KB Transplantatiecentra dat de wegneming en transplantatie van organen strikt moet

²⁶³⁵ Zie uitvoeriger *infra* Hoofdstuk IV, Afd. 3 van dit Deel.

²⁶³⁶ Ze is voor alle duidelijkheid van toepassing op een voorlopige tekstversie die bepaalde dat het bewijs van niet enkel de toestemming, maar ook van de herroeping moest worden geleverd. De term ‘herroeping’ werd uiteindelijk geschrapt om de vormvrijheid van de herroeping te garanderen. In de memorie van toelichting sprak men zich destijds echter enkel uit over dit herroepingsbewijs. Er werd gesteld dat degene die zich beroept op de herroeping van zijn toestemming, hiervan om praktische redenen het bewijs moet leveren (Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 1984-1985, nr. 832/1, 9). Op basis hiervan zou men hoogstens kunnen stellen dat degene die zich ten aanzien van de arts op zijn toestemming beroept (met name de donor die een orgaanwegname wil ondergaan), hiervan om praktische redenen het bewijs moet leveren aan de wegnemende arts.

²⁶³⁷ T. VANSWEEVELT en N. BROECKX, “Art. 8 Orgaantransplantatiewet” in *Comm. Pers.*, 2013, currens, 3.

²⁶³⁸ H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 2005, 516, nr. 1205. Zie ook: S. TACK, *o.c.* in D. FORNACIARI, T. GOFFIN en S. TACK (eds.), *Zorginstellingen in diverse takken van het recht*, 2013, (179) 188.

²⁶³⁹ Zie ook: COUNCIL OF EUROPE, *Guide to safety and quality assurance for organs, tissues and cells*, Straatsburg, Council of Europe Publishing, 2004 (2^{de} ed.), 35 (vereiste van een *face-to-face interview* met een onafhankelijke arts).

²⁶⁴⁰ J.L. STEEL, *o.c.*, *Clin. Transplant* 2013, vol. 27, (178) 181.

²⁶⁴¹ Zie in die zin ook specifiek met betrekking tot de arts die de toestemming ontvangt: WMA Statement on Organ and Tissue Donation (S-2000-01-2006), <http://www.wma.net>.

worden gescheiden. Men kan hieronder verstaan dat de wegnemende arts onafhankelijk moet staan ten aanzien van de ontvanger en diens artsen. De onafhankelijkheid van de wegnemende arts ten aanzien van het team van de ontvanger lijkt dus wel degelijk juridisch te zijn gewaarborgd. Deze overwegingen pleiten vóór een rol van de wegnemende arts als donoradvocaat.

555. Daartegenover staat dat de controleplicht van de wegnemende arts veeleer beperkt of ‘marginaal’ moet worden opgevat. Zo zal beoordeling van de wegnemende arts, een chirurg, niet voor alle toestemmingskenmerken even geschikt zijn. Zo wordt bv. gesteld dat een psycholoog meer gekwalificeerd is om familiale dwang te beoordelen.²⁶⁴² Daarnaast gaat het ook maar om één persoon, en geen multidisciplinair team. Er zou dus gesproken kunnen worden van een gebrek aan differentiatie.²⁶⁴³ Ten slotte is ook de onafhankelijkheid voor verbetering vatbaar. In het licht van de rechtszekerheid zou het *de lege ferenda* wenselijk zijn om het vereiste van onafhankelijkheid ten aanzien van de ontvanger en het transplantatieteam op duidelijke wijze in de Orgaantransplantatiewet op te nemen. Maar zelfs dan blijft onafhankelijkheid ten aanzien van *zowel* de transplantatie bij de ontvanger, *als* de wegneming bij de donor nog steeds een grotere waarborg, die bij een controle door de wegnemende arts vanzelfsprekend niet kan bestaan. Dit alles leidt tot het besluit dat de wegnemende arts wel een belangrijke rol speelt inzake *donor advocacy*, maar diens betrokkenheid in de huidige stand van de wetgeving hiertoe op zich niet zal volstaan.

B. Controle door multidisciplinair overleg

556. In het algemeen bepaalt artikel 4 *in fine* Wet Patiëntenrechten dat de beroepsbeoefenaar in het belang van de patiënt *desgevallend* multidisciplinair overleg pleegt. Voor orgaanwegname bij levenden met het oog op transplantatie is al sinds de wet van 25 februari 2007²⁶⁴⁴ het plegen van een voorafgaand multidisciplinair²⁶⁴⁵ overleg overeenkomstig artikel 8bis Orgaantransplantatiewet steeds *verplicht*. Niet-naleving van dit vereiste is een wanbedrijf dat gestraft kan worden met een gevangenisstraf en/of een geldboete.²⁶⁴⁶ Dit multidisciplinair overleg is vergelijkbaar met de tussenkomst van de *comités d’experts* in Frankrijk,²⁶⁴⁷ alsook de beoordeling door de *Independent Assessors* en de goedkeuring door de Human Tissue Authority²⁶⁴⁸ in Engeland.

Hierna zal onderzocht worden hoe ruim de taakomschrijving bij het Belgische multidisciplinair overleg is (1), wie aan dit overleg kan of moet deelnemen (2) en in hoeverre de deelnemers onafhankelijk zijn (3). Ten slotte wordt ingegaan op de vraag in hoeverre het multidisciplinair overleg geschikt is als platform voor *donor advocacy* (4).

²⁶⁴² A. LIU, o.c. in M. FREEMAN en A. D.E. LEWIS, *Law and medicine*, 2000, (473) 483.

²⁶⁴³ J.L. STEEL, o.c., *Clin. Transplant* 2013, vol. 27, (178) 181.

²⁶⁴⁴ BS 13 april 2007.

²⁶⁴⁵ De Orgaantransplantatiewet spreekt van ‘pluridisciplinair’ overleg. Dit begrip verschilt inhoudelijk echter niet van ‘multidisciplinair’. In dit proefschrift wordt de voorkeur gegeven aan deze laatste term, aangezien ‘pluridisciplinair’ geen correct nederlands, maar een gallicisme (in het Frans: *pluridisciplinaire*) is.

²⁶⁴⁶ Art. 17, § 3, lid 1 Orgaantransplantatiewet.

²⁶⁴⁷ Zie: Art. L1231-1, al. 2, 4 en 5, art. L1231-3, art. R1231-1, al. 3 en art. R1231-5 Code de la santé publique.

²⁶⁴⁸ Zie: Sec. 33 (3)(a) Human Tissue Act 2004; Sec. 11 (4) en (6) Human Tissue Act 2004 (Persons who Lack Capacity to Consent and Transplants) Regulations 2006; Human Tissue Authority Code of practice 2: donation of solid organs for transplantation (2014), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, nr. 37 en 62.

1. Taakomschrijving

557. Artikel 8bis, lid 2 Orgaantransplantatiewet bepaalt dat de deelnemers aan het overleg *onder meer* het vermogen van de donor om in te stemmen met een orgaanwegneming, moeten beoordelen. Er wordt nadruk gelegd op de voorwaarde van de wilsbekwaamheid (art. 5, lid 2 Orgaantransplantatiewet), maar de taakomschrijving bij het overleg is duidelijk niet beperkt tot dit element. De bedoeling van de wetgever is dat de deelnemers aan het overleg zich moeten uitspreken over de naleving van de voorwaarden waaraan voldaan moet zijn opdat orgaanwegneming bij een levende geoorloofd is.²⁶⁴⁹ Zo moet er onder meer via het overleg kunnen worden uitgemaakt of de levende kandidaat-donor zijn beslissing in eer en geweten heeft genomen na alle duidelijke en doorzichtige inlichtingen te hebben verkregen.²⁶⁵⁰ Ook het beoordelen van het vrije en altruïstische karakter van de toestemming zou hieronder vallen.²⁶⁵¹

558. Uiteindelijk is het de bedoeling dat de deelnemers aan het overleg een advies formuleren over de naleving van de wegnemingsvoorwaarden.²⁶⁵² Op het overlegcomité rust echter niet de eigenlijke informatieplicht, zoals dat bij het Franse *comité d'experts* wel het geval is.²⁶⁵³ Indien men weliswaar zou vaststellen dat de donor de gevolgen onvoldoende kent of begrijpt, kan van de deelnemers aan het overleg verwacht worden dat ze de donor zelf objectief informeren²⁶⁵⁴ of minstens dat ze hem doorverwijzen naar iemand die meer informatie kan geven.²⁶⁵⁵

Naar analogie met het Isomeride-vonnis²⁶⁵⁶ moet worden aangenomen dat de deelnemers van het multidisciplinair overleg, net zoals een ethisch comité, onderworpen zijn aan de algemene zorgvuldigheidsverplichting. Indien het multidisciplinair overlegcomité dus een onzorgvuldig advies geeft, zoals dat bij een normaal, zorgvuldig overleg in dezelfde omstandigheden niet zou zijn gegeven, dan kunnen het universitair ziekenhuis, dan wel de deelnemers aan het overleg zelf strafrechtelijk (art. 418 e.v. Sw.) en burgerrechtelijk (art. 1146 e.v. BW en art. 1382 BW) aansprakelijk worden gesteld.

559. Er wordt gesteld dat donoradvocaten een vetobevoegdheid behoren te hebben.²⁶⁵⁷ Deze bevoegdheid kan o.a. in Frankrijk en Engeland worden teruggevonden in het vereiste van goedkeuring door bepaalde instanties. In tegenstelling tot de verplichte goedkeuring van de donor door de *Human Tissue Authority* in Engeland²⁶⁵⁸ en door een *comité d'experts* in Frankrijk²⁶⁵⁹ wordt in België echter niet wettelijk vereist dat het overlegcomité haar

²⁶⁴⁹ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2011-12, nr. 53-2158/1, 29.

²⁶⁵⁰ Verslag DETIÈGE, *Parl. St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2680/5, 12. Zie m.b.t. de contole op het geïnformeerd karakter ook: G. SCHAMPS en A.-C. SQUIFFLET, "Le prélèvement d'organes sur des donneurs vivants majeurs, incapables de manifester leur volonté en raison de leur état mental: quelles perspectives ?", *TBBR* 2011, (318) 326. Vgl. J.F. RANG, o.c., *TvGR* 1979, (14) 21.

²⁶⁵¹ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 51-2680/1, 6; Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2011-12, nr. 53-2158/1, 29; Vraag nr. 3-2111 P. VANKRUNKELSVEN, *Hand. Senaat* 2006-07, 57; Vraag nr. 4-110 L. VAN ERMEN, *Hand. Senaat* 2007-08, 24 januari 2008, 20.

²⁶⁵² Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2011-12, nr. 53-2158/1, 29.

²⁶⁵³ Art. L. 1231-1, lid 4 CSP en art. R.1231-1 CSP. Zie evenwel: J.-P. MARKUS, o.c., *Droit de la Famille* 2014, dossier 16, www.lexisnexis.com, nrs. 25-27, waar wordt gesteld dat ook op de behandelende arts een informatieplicht rust.

²⁶⁵⁴ Vgl. T. MARTENS en K. VANDEWOUDE, o.c., *T. Gen.* 2009, afl. 65, nr. 8, (350) 352.

²⁶⁵⁵ Vgl. Y. ERIM *et al.*, o.c., *Transpl. Proc.* 2003, vol. 35, (909) 909.

²⁶⁵⁶ Rb. Gent 11 oktober 2004, *T. Gez.* 2004-05, 210, noot T. VANSWEEVELT en *NJW* 2005, 636, noot S. CALLENS. Zie ook: T. VANSWEEVELT, "De wet experimenten op de menselijke persoon: objectieve aansprakelijkheid en verzekering", *T. Gez.* 2005-06, (22) 27. Vgl. met Frankrijk: J.-P. MARKUS, o.c., *Droit de la Famille* 2014, dossier 16, www.lexisnexis.com, nrs. 36-37, in verband met de aansprakelijkheid van het *Agence de biomédecine* voor de *comités d'experts*.

²⁶⁵⁷ M. ABECASSIS *et al.*, o.c., *JAMA* 2000, vol. 284, (2919) 2921.

²⁶⁵⁸ Sec. 33 (3)(a) Human Tissue Act 2004.

²⁶⁵⁹ Art. L1231-1, al. 2 en 5 Code de la santé publique.

goedkeuring moet hebben gegeven opdat orgaanwegneming geoorloofd kan zijn.²⁶⁶⁰ Tot dusver vloeit uit het overleg betreffende de donor hoogstens een niet-bindend advies aan de wegnemende arts voort. Niet-naleving van een negatief advies leidt dus niet automatisch tot de aansprakelijkheid van de wegnemende arts. Strikt genomen vereist de Orgaantransplantatiewet niet eens dat hij nagaat of er een voorafgaand overleg heeft plaatsgevonden.²⁶⁶¹

Een en ander moet meteen worden genuanceerd. Zo kan het niet-inwinnen van het advies van verschillende experts in geval van een fysiek, psychisch en sociaal ingrijpende operatie worden beschouwd als een foutieve nalatigheid.²⁶⁶² Indien hierdoor schade ontstaat, zal de arts hiervoor burgerrechtelijke aansprakelijk zijn. Evenzo zal de wegnemende arts krachtens de algemene zorgvuldigheidsverplichting het advies van het multidisciplinair overleg maar moeilijk naast zich neer kunnen leggen zonder goede redenen. Deze aansprakelijkheidswaARBorg is m.i. voldoende, zodat het advies van het overleg *de lege ferenda* geen bindende kracht moet worden gegeven. Noch het belang van donor, noch dat van de arts kunnen tot het tegendeel doen besluiten. Een bindend advies lijkt immers enerzijds niet wenselijk te zijn in het licht van het zelfbepalingsrecht van de donor en anderzijds geen extra waarborg voor de arts te bieden dat hij niet aansprakelijk zal zijn.²⁶⁶³

2. Deelnemers aan het overleg

560. Het overleg moet plaatsvinden tussen “*geneesheren en andere zorgverstrekkers*”.²⁶⁶⁴ Onder ‘geneesheer’ moeten de beroepsbeoefenaars in de zin van artikel 3, § 1 Wet Uitoefening Gezondheidszorgberoepen begrepen worden.²⁶⁶⁵ Voor de ‘andere zorgverstrekkers’ verwijst de wet niet expliciet, noch impliciet naar de Wet Uitoefening Gezondheidszorgberoepen. Aldus kunnen zorgverstrekkers die niet binnen het toepassingsgebied van deze wet vallen, evengoed aan het overleg deelnemen. Het kan dus gaan om zowel verpleegkundigen (die al dan niet als transplantatiecoördinator optreden)²⁶⁶⁶ en psychologen, als sociaal assistenten.²⁶⁶⁷

Niet-zorgverstrekkers, zoals een ethicus of een jurist, lijken daarentegen niet aanwezig te moeten zijn op het overleg. Toch zouden ook zij m.i. aan het overleg kunnen deelnemen voor zover hun aanwezigheid kan bijdragen tot de bescherming van de kandidaat-donor. Dit ligt immers in de lijn van de *ratio legis* achter het overlegvereiste. Artikel 8*bis*, lid 1 Orgaantransplantatiewet moet dus soepel worden geïnterpreteerd, in die zin dat het overleg moet plaatsvinden tussen *minstens* artsen en andere zorgverstrekkers.

561. Aangezien de wet spreekt van een multidisciplinair overleg moeten de deelnemers vanzelfsprekend verschillende disciplines vertegenwoordigen. In Frankrijk werd gepreciseerd dat ieder *comité d’experts* in principe moet zijn samengesteld uit 2 formaties van elk 5 leden,

²⁶⁶⁰ *Contra*: L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 132. Zie ook: Appendix, nr. 2, laatste streepje, Recommendation Rec(2006)15 of 8 November 2006 of the Committee of Ministers to member states on the background, functions and responsibilities of a National Transplant Organisation (NTO), <http://www.coe.int>, waar eveneens goedkeuring van levende donoren door een nationale instelling of één van haar takken wordt vereist.

²⁶⁶¹ Art. 9, lid 1 Orgaantransplantatiewet viseert strikt genomen slechts een controle van de artikelen 5 tot en met 8 Orgaantransplantatiewet. De voorwaarde van een voorafgaand multidisciplinair overleg volgt uit art. 8*bis* Orgaantransplantatiewet.

²⁶⁶² Vgl. Corr. Brussel 27 september 1969, *JT* 1969, 635.

²⁶⁶³ Vgl. L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 288-289.

²⁶⁶⁴ Art. 8*bis*, lid 1 Orgaantransplantatiewet.

²⁶⁶⁵ Zie reeds *supra* Deel III, Hoofdstuk II, Afd. 1, § 2, B.1.

²⁶⁶⁶ Zie over het transplantatiecoördinatieteam *supra* Deel III, Hoofdstuk II, Afd. 1, § 2, B.3.a.

²⁶⁶⁷ Zie ook art. 10/1 KB Transplantatiecentra, waar werd bepaald dat het transplantatiecentrum beroep kan doen op een psycholoog en een sociaal assistent. In de VSA zijn transplantatiecentra wettelijk verplicht om de diensten van gekwalificeerde *social workers* beschikbaar te maken voor levende donoren én hun familie (42 C.F.R. § 482.94(d)).

met minstens een psycholoog en een arts.²⁶⁶⁸ De Belgische Orgaantransplantatiewet regelt de precieze samenstelling niet. Transplantatiecentra zijn dus vrij wat betreft de samenstelling van het overleg, zolang de vereiste expertise maar aanwezig is. Volgens de wetgever zou minstens de aanwezig van een psycholoog, een gespecialiseerde arts en een zelfstandige arts vereist zijn.²⁶⁶⁹

De motivatie, het gebrek aan dwang, de kennis en het begrip van de gevolgen, de band tussen donor en ontvanger en de wilsbekwaamheid zijn allemaal toestemmingsgerelateerde aspecten die aan bod komen in de psychosociale evaluatie, waarvoor doorgaans *psychologen* of *psychiaters* ingeschakeld worden.²⁶⁷⁰ Hierbij kan rekening worden gehouden met de sociale en familiale context van de donor. Dit kan immers van belang zijn om te oordelen of de donor vrij toestemt.²⁶⁷¹ Ook voor de beoordeling van het altruïstische karakter van de toestemming kan dit van belang zijn.²⁶⁷² Aldus kan naar het voorbeeld van het Engelse *Independent Assessor*-controle een deel²⁶⁷³ van de psychosociale evaluatie plaatsvinden in aanwezigheid van een familielid (al dan niet de ontvanger) om de familiedynamiek te bestuderen.²⁶⁷⁴ De betrokkenheid van een psycholoog wordt vooral van groot belang geacht om het bewustzijnsniveau en de mentale vermogens van de donor te beoordelen.²⁶⁷⁵ Hij/zij kan niet zomaar vertrouwen op een eerdere verklaring van handelingsonbekwaamheid door de vrederechter in het raam van artikel 492/1 BW.²⁶⁷⁶ De aard van de te beoordelen aspecten vereist m.i. dat de psycholoog of psychiater persoonlijk de donor onderzoekt/interviewt. Zoals bij de controle door de wegnemende arts moet ook hier erkend worden dat het moeilijk is met absolute zekerheid dwang of winstoogmerk uit te sluiten.²⁶⁷⁷ Op de psycholoog rust dus eveneens slechts een inspannings- en géén resultaatsverbintenis. Mocht er twijfel bestaan, dan moet er negatief geadviseerd worden.

Naast een psycholoog of psychiater hebben ook andere disciplines een plaats in de controle van de toestemming. Zo kan een sociaal assistent verzekeren dat over alle sociale en financiële kwesties geïnformeerd werd.²⁶⁷⁸ Daarnaast is ook de aanwezigheid van artsen gespecialiseerd in de transplantatiegeneeskunde en andere relevante medische domeinen (bv.

²⁶⁶⁸ In geval van urgentie kan hiervan worden afgeweken. Zie: art. L1231-3, al. 1 Code de la santé publique.

²⁶⁶⁹ Verslag DETIÈGE, *Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 51-2680/5, 12; Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2011-12, nr. 53-2158/1, 29.

²⁶⁷⁰ N. DUERINCKX *et al.*, o.c., *Transpl. Int.* 2014, vol. 27, (2) 11. COUNCIL OF EUROPE, *Guide to safety and quality assurance for organs, tissues and cells*, Straatsburg, Council of Europe Publishing, 2004 (2^{de} ed.), 36. De Belgische wetgever geeft blijkbaar de voorkeur aan psychologen, wat ook blijkt uit art. 10/1 KB Transplantatiecentra.

²⁶⁷¹ J.E.M. AKVELD, *Transplantatie en wetgeving*, 1987, 99-100. Zie ook: J.F. RANG, o.c., *TvGR* 1979, (14) 21; X., “Organ Donation and Transplantation” in S. SANBAR *et al.* (eds.), *Legal Medicine*, St. Louis, Mosby, 2004 (6^{de} ed.), (271) 279; N. BILLER-ANDORNO, o.c., *Transplantation* 2011, vol. 92, (617) 618; Y. ERIM *et al.*, o.c., *Transpl. Proc.* 2003, vol. 35, (909) 909.

²⁶⁷² Vgl. M. ABECASSIS *et al.*, o.c., *JAMA* 2000, vol. 284, (2919) 2922.

²⁶⁷³ Er is eveneens nood aan privégesprekken (cf. *supra* Afd. 3, § 2, D.2.). Zie ook: J.-P. MARKUS, o.c., *Droit de la Famille* 2014, dossier 16, www.lexisnexis.com, nr. 10.

²⁶⁷⁴ Human Tissue Authority Code of practice 2: donation of solid organs for transplantation (2014), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, nr. 64; HTA, “Guidance for living organ donors on the Human Tissue Authority’s independent assessment proces” (2012), www.hta.gov.uk, 3. Zie ook: BOECXSTAENS *et al.*, “Resultaten na 60 levendonortransplantaties in UZ Leuven”, *T. Gen.* 2010, vol. 66, (167) 168; A. HUMAR *et al.*, o.c. in R.W.G. GRUESSNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, 2008, (468) 473; N. DUERINCKX *et al.*, o.c., *Transpl. Int.* 2014, vol. 27, (2) 15.

²⁶⁷⁵ Verslag DETIÈGE, *Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 51-2680/5, 15; Advies nr. 11 van 20 december 1999 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 16; B. SINDIC, “De la capacité du mineur en matière de prélèvement et de transplantation d’organes”, *Ann. Dr. Louvain* 2002, (225) 280. Zie ook: Voorstel 2 (living donors) Verklaring van Istanbul (2008); OPTN Policy 14.5, www.optn.transplant.hrsa.gov.

²⁶⁷⁶ Zie hierover *supra* Afd. 2, § 2 van dit Hoofdstuk.

²⁶⁷⁷ Zie met name de kritiek in A. LIU, o.c. in M. FREEMAN en A. D.E. LEWIS, *Law and medicine*, 2000, (473) 483, waar in verband met het altruïsme wordt gesproken van een inefficiënt controlesysteem, wegens o.a. het gebrek aan politionele bevoegdheden, maar waar evenwel het risico op dwang wél afdoende gewaarborgd lijkt te worden geacht mits screening door een psycholoog.

²⁶⁷⁸ Vgl. V. BOECXSTAENS *et al.*, o.c., *T. Gen.* 2010, vol. 66, (167) 168. Ieder transplantatiecentrum moet een beroep kunnen doen op een sociaal assistent (art. 10/1 KB Transplantatiecentra).

nefrologie) van belang om na te gaan of alle medische informatie goed is begrepen en om eventueel bijkomende informatie te geven indien nodig. Ook het verplegende personeel kan een rol spelen. Zij volgen de donor eveneens op en zouden bv. gebrek aan informatie of sentimenten van dwang kunnen ontdekken, die de donor desgevallend niet doet blijken tegenover de arts.²⁶⁷⁹

562. Tijdens het overleg zullen uiteraard persoonlijke gegevens van de kandidaat-donor aan bod komen. Vooral ten aanzien van de deelneming door niet-medische disciplines rijst dan de vraag in hoeverre deze personen gebonden zijn door het beroepsgeheim. Artikel 458 Sw. vermeldt slechts enkele beroepen, zoals de artsen, uitdrukkelijk. Verder wordt aanvaard dat eenieder die beroepsmatig of als gevolg van zijn staat noodzakelijkerwijze belast is met een vertrouwensopdracht, gehouden is aan artikel 458 Sw. Naar analogie met wat wordt gesteld over niet-medici in ethische comités (bv. ethicus, sociaal assistent) kan worden aanvaard dat het verplichte karakter van het multidisciplinair overleg hen tot noodzakelijke vertrouwenspersoon maakt.²⁶⁸⁰ Weliswaar bepaalt de wet niet zelf de samenstelling van het overleg, zodat het gevaar bestaat dat de nood van de aanwezigheid van sommige deelnemers zou kunnen worden betwijfeld. Het verdient dan ook de aanbeveling om, zoals in Frankrijk,²⁶⁸¹ uitdrukkelijk te voorzien in een wettelijke geheimhoudingsplicht. In tussentijd kan worden aangeraden om de deelnemers contractueel een discretieplicht op te leggen.

3. Onafhankelijkheid

563. Artikel 8*bis*, lid 1 Orgaantransplantatiewet sluit de artsen en zorgverstrekkers die de ontvanger behandelen of die de wegneming of transplantatie uitvoeren, uit van het overleg. Vanzelfsprekend is dit bedoeld als een onafhankelijkheidswaarborg. Het lijkt niettemin wel mogelijk dat deze uitgesloten zorgverstrekkers door het overlegcomité gehoord worden, met name om verdere inlichtingen in te winnen. Dat zij de deelnemers te veel zouden beïnvloeden, is m.i. geen bezwaar. Beïnvloeding van deelnemers door de uitgesloten zorgverstrekkers in de wandelgangen kan sowieso niet worden belet. Bovendien mag van de deelnemers toch worden verwacht dat zij dan alsnog onafhankelijk kunnen en zullen oordelen, gelet onder meer op hun eventuele aansprakelijkheid.

In artikel 8*bis*, lid 2 Orgaantransplantatiewet werd op meer algemene wijze bepaald dat de deelnemers aan het overleg de donor onafhankelijk moeten beoordelen. Met de keuze voor een voorafgaand multidisciplinair overleg wenste de wetgever te verzekeren dat de beslissing tot orgaanwegneming in alle sereniteit en vrijheid plaatsvindt.²⁶⁸² Op basis hiervan kan worden gesteld dat de categorie van personen die uitgesloten zijn van het overleg, ruimer is dan enkel de zorgverstrekkers die de ontvanger behandelen of die de wegneming of transplantatie uitvoeren. Naar het voorbeeld van Engeland kan bv. worden verdedigd dat de deelnemer eveneens geen band mag hebben met iemand die met de donor of de ontvanger een band heeft die redelijkerwijze twijfels kan doen rijzen over de onafhankelijkheid van de deelnemer.²⁶⁸³ Dit zou bv. het geval kunnen zijn bij een *cross-over* transplantatie, waarbij de deelnemer zowel de donor van het eerste koppel, als de donor van het tweede koppel beoordeelt. De ene donor zou

²⁶⁷⁹ M. BROYER, o.c. in R. CARVAIS en M. SASPORTES (eds.), *La greffe humaine*, 2000, (421) 435.

²⁶⁸⁰ Vgl. A. DIERICKX, J. BUELENS en A. VIJVERMAN, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (583) 621.

²⁶⁸¹ Art. L1231-3, al. 3 Code de la santé publique.

²⁶⁸² Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 51-2680/1, 6.

²⁶⁸³ Vgl. Sec. 11 (10)(b) Human Tissue Act 2004 (Persons who Lack Capacity to Consent and Transplants) Regulations 2006.

tijdens zijn consultaties of contacten met de beoordelaar de beoordeling van de andere donor kunnen beïnvloed hebben. De deelnemer zou ook gewraakt kunnen worden indien hij met de donor een band heeft die redelijkerwijze twijfels kan doen rijzen over de onafhankelijkheid de deelnemer (bv. de huisarts tegen wie de donor een gerechtelijke procedure heeft lopen).

4. Het multidisciplinair overleg als donoradvocatenteam?

a. Een ideaal platform voor *donor advocacy*

564. Het is duidelijk dat de onafhankelijkheid bij het multidisciplinair overleg sterk gewaarborgd is. Bovendien is er sprake van een ruime betrokkenheid. Dankzij de multidisciplinaire aanpak kan het overleg uitgebreider dan de wegnemende arts ingaan op de verschillende aspecten van de toestemming én steeds de nodige bekwaamheid hiervoor aanbieden. Op basis van deze bevindingen moet m.i. geconcludeerd worden dat het multidisciplinair overleg een zeer geschikt kader biedt voor *donor advocacy* en als het ware de Belgische versie van het donoradvocatenteam uitmaakt.²⁶⁸⁴

Uiteraard voorziet artikel 8bis Orgaantransplantatiewet slechts in een algemeen *format*. De werkelijke waarde van het multidisciplinair overleg zal afhangen van de concrete invulling in de praktijk. Het betrokken transplantatiecentrum moet als onderdeel van haar kwaliteitshandboek de controle van de toestemming via multidisciplinair overleg nader uitwerken in een werkprocedure.²⁶⁸⁵ Een aandachtspunt hierbij is dat de beoordeling van de donor niet te belastend is voor hem, waardoor hij twijfels over de donatie zou kunnen krijgen.²⁶⁸⁶ Het transplantatiecentrum is niettemin vrij wat betreft de concrete inhoud van die werkprocedure.

b. Voorstel tot preciezere uitwerking

565. Krachtens artikel 8bis, lid 3 Orgaantransplantatiewet kan de Koning de nadere toepassingsregels van het multidisciplinair overleg bij KB bepalen, wat nog niet is gebeurd. In verband hiermee werd reeds gewaarschuwd voor het gevaar op een te restrictieve benadering van het donoradvocatenteam.²⁶⁸⁷ Een nadere uitwerking bij KB mag inderdaad niet leiden tot een te gedetailleerde regeling. Er moet steeds ruimte worden gelaten voor innovatie en creativiteit binnen de specifieke regionale context.²⁶⁸⁸ Zo moet m.i. de vrijheid worden gelaten wat betreft bv. het aantal beoordelingsfasen en hun volgorde,²⁶⁸⁹ het aantal deelnemers²⁶⁹⁰ en de plaats van het overleg. Uiteraard moet ook de therapeutische vrijheid spelen.

Op een aantal andere vlakken is m.i. wel een precisering wenselijk. Zo verdient het de aanbeveling om de taakinhoud van het overleg te verduidelijken, aangezien dit toch een cruciaal aspect is. Nu vermeldt de wet enkel op algemene wijze dat de deelnemers aan het overleg de donor moeten ‘beoordelen’ en geeft ze slechts de wilsbekwaamheid als voorbeeld van een te

²⁶⁸⁴ Zie ook: J.-P. SQUIFFLET, *o.c.*, *Transpl. Proc.* 2011, vol. 43, (3392) 3394.

²⁶⁸⁵ Art. 10/3, lid 2, 2° KB Transplantatiecentra.

²⁶⁸⁶ C. PETRINI, *o.c.*, *Transpl. Proc.* 2010, vol. 42, (1040) 1042.

²⁶⁸⁷ J.-P. SQUIFFLET, *o.c.*, *Transpl. Proc.* 2011, vol. 43, (3392) 3394.

²⁶⁸⁸ A.-C. SQUIFFLET, *o.c.*, *Ann. Dr. Louvain* 2011, (357) 382-383; J.L. STEEL, *o.c.*, *Clin. Transplant* 2013, vol. 27, (178) 180.

²⁶⁸⁹ Vgl. A. GOEGEBUER *et al.*, “Levertransplantatie via levende donatie bij volwassenen: een literatuuroverzicht”, *T. Gen.* 2006, vol. 62, (368) 371.

²⁶⁹⁰ Dit gaat immers gepaard met kostenafwegingen. Vgl. R. MUNSON, *o.c.* in B. STEINBOCK (ed.), *The Oxford handbook of bioethics*, 2007, (211) 229-230 en 236, die verdedigt dat een van de donoradvocaten een jurist moet zijn, maar erop wijst dat dit de kost van levende donatie zou doen stijgen; A. LIU, *o.c.* in M. FREEMAN en A. D.E. LEWIS, *Law and medicine*, 2000, (473) 484.

beoordelen aspect. De taakhoud is uiteraard veel ruimer dan enkel de wilsbekwaamheid. De rechtszekerheid en bescherming van de levende donor zouden toenemen indien ook duidelijk wordt verwezen naar de andere toestemmingskarakteristieken. Evenzo is de wetgever vaag gebleven over de disciplines die in het overleg aanwezig moeten zijn, ofschoon de bedoeling van de wetgever duidelijk is. Ook dit is een cruciaal punt, zodat het de rechtszekerheid en de bescherming van de levende donor ten goede zou komen, mocht bij wet of bij KB verduidelijkt worden welke disciplines minstens vertegenwoordigd moeten zijn. Indien ten slotte zou blijken dat er in de praktijk onwenselijke discrepanties bestaan tussen de verschillende transplantatiecentra, kan naar het voorbeeld van de Engelse Human Tissue Authority gedacht worden aan het organiseren van één of meerdere beoordelingscomités op nationaal niveau.²⁶⁹¹ Dit zou naast uniformiteit ook een grote onafhankelijkheidswaarborg kunnen bieden.²⁶⁹² Desnoods kan dit geregeld worden binnen een samenwerkingsverband “wegnemen en transplanteren van organen”.

C. Controle door het ethisch comité

566. Ieder ziekenhuis moet beschikken over een lokaal ethisch comité, dat onder meer op verzoek een begeleidende en raadgevende functie met betrekking tot ethische aspecten van de ziekenhuiszorg en een ondersteunende functie bij individuele ethische kwesties vervult.²⁶⁹³ Hoewel de beoordeling door dit ethisch comité op een onafhankelijke en multidisciplinaire wijze kan gebeuren, is er dankzij de verplichte controle door de wegnemende arts en het multidisciplinair overleg geen nood meer om nog afzonderlijk op het ethische comité als donoradvocatenteam een beroep te doen.

Niettemin kan het ethisch comité nog wel een belangrijke rol spelen. Zo kan dit comité binnen zijn ziekenhuis bij wijze van intern protocol helpen met het opstellen van richtlijnen met betrekking tot de toestemming van de donor.²⁶⁹⁴ Maar ook bij concrete gevallen die zich in het transplantatiecentrum van het universitair ziekenhuis aanbieden, kan het ethisch comité adviserend tussenkomen als bijkomende waarborg bovenop het multidisciplinair overleg.²⁶⁹⁵ Er kan met name gedacht worden aan moeilijke en/of niet eerder voorgekomen gevallen, zoals bv. donaties door onbekenden.²⁶⁹⁶

²⁶⁹¹ Dit sluit aan bij de aanbevelingen uit het EULOD-project: A. PASCALEV *et al.*, “Expanding Living Organ Donation in Europe: Attitudes, Barriers and Opportunities. Results from a Multi-country Focus Group Study” in F. AMBAGTSHEER en W. WEIMAR (eds.), *The EULOD Project*, 2013, (27) 45.

²⁶⁹² Vgl. L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 291-292.

²⁶⁹³ Art. 70 Ziekenhuiswet; bijlage A.III, 9^{de} KB van 23 oktober 1964 tot bepaling van de normen die door ziekenhuizen en hun diensten moeten worden nageleefd, BS 7 november 1964.

²⁶⁹⁴ Vgl. T. MARTENS en K. VANDEWOUDE, *o.c.*, *T. Gen.* 2009, afl. 65, nr. 8, (350) 352; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 120-121. Zie ook: D. PRICE en H. AKVELD, *o.c.*, *EJHL* 1998, vol. 5, (19) 29; R. REDING, *o.c.*, *Am. J. Transpl.* 2005, vol. 5, (1587) 1590; OPTN/UNOS Ethics Committee, “Living Non-directed Organ Donation”, <http://optn.transplant.hrsa.gov>.

²⁶⁹⁵ G. SCHAMPS en A.-C. SQUIFFLET, *o.c.*, *TBBR* 2011, (318) 326, nr. 29; B. VAN HAELEWIJCK, *Don d'organes. Don de tissus*, Brussel, Kluwer, 2002, 38. In die zin ook: Advies nr. 11 van 20 december 1999 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 16. Zie ook: artikel 19, lid 2 EVRM-Bio en artikel 13, lid 2 Transplantatieprotocol EVRM-Bio.

²⁶⁹⁶ Vgl. Memorie van toelichting Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 64; Commission staff working document. Accompanying document to the communication from the Commission to the European Parliament and the Council. Organ donation and transplantation: policy actions at EU Level – Impact Assessment, SEC(2007) 705, <http://eur-lex.europa.eu>, 31, waar goedkeuring door een ethisch comité voor dergelijke donaties zelfs verplicht is. In dezelfde zin: Resolutie van het Europees Parlement van 22 april 2008 over orgaandonatie en –transplantatie: beleidsmaatregelen op EU-niveau (2007/2210(INI)), *Pb. C.* 29 oktober 2009, afl. 259, 5.

D. Controle door de rechter

567. De controle op het toestemmingsproces kan ook buiten de klinische setting gezocht worden. Er kan met name gedacht worden aan een voorafgaande beoordeling door de rechter. In Frankrijk is de *a priori* rechterlijke toetsing van orgaanwegneming bij leven wettelijk verplicht. De donor moet er zijn toestemming geven voor de voorzitter of een gedelegeerde rechter van een *tribunal de grande instance*. Deze moet controleren of de toestemming vrij en geïnformeerd werd gegeven, alsook of de wettelijk vereiste band tussen donor en ontvanger aanwezig is.²⁶⁹⁷ In geval van levensnoodzakelijke urgentie wordt van de normale procedure afgeweken. Het volstaat dan dat de toestemming gegeven werd voor de *procureur de la République*.²⁶⁹⁸

Ook in Engeland bestaat er een groot vertrouwen in de rechter inzake de voorafgaande controle van de toestemming. In principe moet iedere levende donor er geïnterviewd worden door een onafhankelijke assessor om onder meer de wilsbekwaamheid te beoordelen. Deze interviews zijn echter niet meer vereist indien de wegneming reeds werd toegestaan door een rechter na een gerechtelijke procedure.²⁶⁹⁹

In België bestaat er daarentegen geen verplichting tot rechterlijke controle voorafgaand aan iedere orgaanwegneming bij een levende donor. Het feit dat men in Frankrijk en Engeland veel waarde hecht aan een voorafgaandelijke rechterlijke beoordeling, doet de vraag rijzen of de bescherming van de donor ook in België gebaat zou zijn met dergelijke rechterlijke tussenkomst. De verschillende argumenten worden hierna afgewogen.

568. Op het eerste gezicht lijkt het logisch om de rechter in de rol van *donor advocate* te stoppen. De onafhankelijkheid en onpartijdigheid zouden immers gewaarborgd zijn.²⁷⁰⁰ Bovendien kan de rechter geacht worden de wet te kennen en te kunnen interpreteren, alsook bekwaam te zijn om belangenafwegingen te maken²⁷⁰¹. Zeker het vaststellen van een wettelijke vereiste band, zoals in Frankrijk, is vaak objectief eenvoudig (bv. ouder-kind, echtgenoten). Dit laatste is echter niet relevant voor België, aangezien de wet geen specifieke band tussen (meerderjarige) donor en ontvanger vereist.

Een belangrijk bezwaar tegen een verplichte *a priori* toetsing door de rechter is dat de rechter, ondanks zijn onafhankelijkheid, niet steeds over de vereiste bekwaamheid, kennis en betrokkenheid beschikt om de vrije en geïnformeerde toestemming van de donor te beoordelen.²⁷⁰² De rechter zal veelal een leek op dit vlak zijn. Dit zou kunnen worden opgevangen door, zoals in Frankrijk, bijkomend te voorzien in de tussenkomst van een onafhankelijk expertencomité.²⁷⁰³ Echter, de rechterlijke tussenkomst is m.i. dan veeleer eenodeloze omweg. Het lijkt beter voor de coherentie en zo ook voor de kwaliteit van de

²⁶⁹⁷ Art. L1231-1, al. 4 en art. R1231-2 Code de la santé publique, waar ook bepaald is dat een advocaat niet vereist is. In vele gevallen zal daarnaast ook nog een goedkeuring door het *comité d'experts* nodig zijn.

²⁶⁹⁸ Art. L1231-1, al. 4 en art. R1231-4 Code de la santé publique.

²⁶⁹⁹ Sec. 11 (7) Human Tissue Act 2004 (Persons who Lack Capacity to Consent and Transplants) Regulations 2006. Zie ook: G. DWORKIN, *o.c.*, *Mod. L. Rev.* 1970, vol. 33, (351) 362; B. DICKENS, *o.c.* in A. GRUBB (ed.), *Principles of medical law*, 2004 (2^{de} ed.), (1025) 1060.

²⁷⁰⁰ Zie bv. art. 828 e.v. Ger. W. Vgl. R.M. DUFAULT, "Bone marrow donations by children: rethinking the legal framework in light of *Curran v. Bosze*", *Conn. L. Rev.* 1991-92, (211) 236; S.L. NYGREN, "Organ donation by incompetent patients: a hybrid approach", *U. Chi. Legal F.* 2006, (471) 499.

²⁷⁰¹ Vgl. B. SLUYTERS, *o.c.* in J.M. GREEP (ed.), *Orgaantransplantatie*, 1970, (361) 392.

²⁷⁰² A. CLAEYS en C. HURIET, *Rapport sur l'application de la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994*, 1999, 52.

²⁷⁰³ Vgl. in die zin: R. MUNSON, *o.c.* in B. STEINBOCK (ed.), *The Oxford handbook of bioethics*, 2007, (211) 234, die de mogelijkheid van de rechter om een expertise te bevelen en de experten daarbij toegang te geven tot persoonlijke informatie beschouwt als een argument *pro* rechterlijke controle.

toestemmingscontrole om alles door dezelfde en meest bekwame onafhankelijke partij te laten uitvoeren, nl. een expertencomité.²⁷⁰⁴ Zo werd in Frankrijk immers toegegeven dat het expertencomité er al voor zorgt dat de donor vrij en onafhankelijk kan beslissen.²⁷⁰⁵ De bovenstaande bespreking van het Belgische multidisciplinair overleg en de controle door de wegnemende arts leidt tot de conclusie dat hetzelfde kan gezegd worden voor België. Bovendien is deze laatste weg goedkoper en minder tijdrovend.²⁷⁰⁶

569. Een ander argument in het voordeel van de verplichte voorafgaande rechterlijke toetsing is het formeel en sereen kader waarin de rechterlijke controle zou plaatsvinden. Nochtans kan de formele en procedurele tussenkomst van een rechter, die traditioneel enkel bij *geschillen* optreedt, een negatieve impact hebben bij een beslissing zoals orgaandonatie, die niet noodzakelijk een geschil behelst en die toch eerder in de intieme, informele sfeer thuishoort.²⁷⁰⁷ De tussenkomst van de rechter zou dus vaak onpraktisch zijn en de relatie tussen donor en ontvanger kunnen verstoren.²⁷⁰⁸ De praktijk in Frankrijk wees al uit dat donoren weinig begrip hebben voor de procedurele eisen die worden gesteld tijdens een al voldoende lang medisch parcours.²⁷⁰⁹ De Belgische wetgever meende terecht dat een voorafgaand multidisciplinair overleg al een sereen beslissingsproces zou toelaten.²⁷¹⁰

570. Uit Franse hoek klinkt het ten slotte dat sommige artsen een controle voor de rechtbank zouden verkiezen, blijkbaar om het risico op aansprakelijkheid te vermijden.²⁷¹¹ Hierbij wordt er klaarblijkelijk van uitgegaan dat de geldigheid van de toestemming overeenkomstig het gezag van het rechterlijk gewijsde dan niet meer ter discussie kan worden voorgelegd aan een (andere) rechter. Zonder twijfel vergroot dit enigszins de rechtszekerheid voor de artsen.

Maar ook dit argument kan m.i. een verplichte voorafgaande rechterlijke tussenkomst niet verantwoorden. Via dergelijke tussenkomst dreigt het gevaar dat de artsen hun aandacht voor de levende donor laten verslappen en de verantwoordelijkheid gaan afschuiven op de rechter, die zoals gezegd niet de meest gekwalificeerde partij is om dit zelfstandig te moeten beoordelen. Deze verschuiving zou de kans verkleinen om preventief problemen aangaande de toestemming van de levende donor te vermijden. Deze problemen zouden bovendien niet tot aansprakelijkheid kunnen leiden, aangezien er hieromtrent al een gezag van gewijsde zou gelden. De grotere rechtszekerheid voor de arts weegt m.i. niet op tegen de beknotting van het recht van de donor om schadevergoeding te vorderen wegens orgaanwegneming zonder geldige toestemming.

²⁷⁰⁴ Vgl. F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het burgerlijk recht*, 2001 562; D. THOUVENIN, "La loi relative à la bioéthique ou comment accroître l'accès aux éléments biologiques d'origine humaine. II- Nécessité de la volonté", *D.* 2005, nr. 3, (172) 176, die dit principe daarentegen aanwendt om de gehele controle bij de rechtbank onder te brengen.

²⁷⁰⁵ AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, "Bilan d'application de la loi de bioéthique du 6 août 2004", <http://www.agence-biomedecine.fr>, 2008, deel 1, 13.

²⁷⁰⁶ Vgl. F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het burgerlijk recht*, 2001 562; K. VAN ASSCHE, G. GENICOT en S. STERCKX, "Living Organ Procurement from the Mentally Incompetent: The Need for More Appropriate Guidelines", *Bioethics* 2012, (1) 8; G. SCHAMPS en A.-C. SQUIFFLET, o.c., *TBBR* 2011, (318) 329, die stellen dat de rechterlijke weg niet aangepast is aan urgentiegevallen.

²⁷⁰⁷ Vgl. C.H. BARON, M. BOTSFORD en G.F. COLE, "Live organ and tissue transplants from minor donors in Massachusetts", *B.U.L. Rev.* 1975, (159) 162; J.B. KORINS, "*Curran v. Bosze*: toward a clear standard for authorizing kidney and bone marrow transplant between minor siblings", *Vt. L. Rev.* 1991-92, (499) 520.

²⁷⁰⁸ B. DICKENS, o.c. in A. GRUBB (ed.), *Principles of medical law*, 2004 (2^{de} ed.), (1025) 1060. Vgl. *Parham v. J.R.* [1979] 442 U.S. 584 (1979) (beslissing tot opname van een kind in een psychiatrisch ziekenhuis).

²⁷⁰⁹ AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, "Bilan d'application de la loi de bioéthique du 6 août 2004", <http://www.agence-biomedecine.fr>, 2008, deel 1, 13.

²⁷¹⁰ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 51-2680/1, 6.

²⁷¹¹ N. NEFUSSY-LEROY, *Organes humains*, 1999, 134, nr. 276 en 137, nrs. 292-293. Zie ook: A. CLAEYS en C. HURIET, *Rapport sur l'application de la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994*, 1999, 51.

Overigens zou de rechterlijke controle de arts een vals gevoel van juridische veiligheid kunnen geven. Zo zou immers een bijkomende cumulatieve vormvereiste voor de toestemming van de donor worden opgelegd. Indien de vorm- of procedurevoorwaarden voor zo'n rechterlijke toetsing niet zouden worden nageleefd door de rechter of de donor, dan dreigt de arts hier uiteindelijk voor te moeten opdraaien.²⁷¹² Hoewel het oordeel van de rechter inhoudelijk correct kan zijn, zal deze uitspraak dan toch niet geldig zijn. Dit zou de toestemming in haar geheel juridisch ongeldig maken, wat alsnog tot aansprakelijkheid kan leiden. Ook foutieve uitvoering van de wegneming kan nog steeds tot aansprakelijkheid leiden.²⁷¹³

571. Op basis van het voorgaande kan worden besloten dat een verplichte *a priori* rechterlijke toetsing overbodig en bovendien ongepast is. Dit sluit een facultatieve *a priori* rechterlijke tussenkomst overeenkomstig de regels van het Gerechtelijke wetboek niet uit. Hiervan werden echter nog geen precedents gevonden. Bij wijze van voorbeeld valt te denken aan een burgerrechtelijk kort geding (art. 1035 e.v. Ger. W.) dat wordt ingesteld door iemand die een belang in de zin van artikelen 17 en 18 Ger. W. heeft (bv. vermijden van schade) om te vorderen dat een procedure tot orgaanwegneming bij leven wegens ongeldige toestemming wordt gestaakt. Daarnaast zou bv. het Openbaar Ministerie kunnen beslissen om artsen te vervolgen voor de correctionele rechtbank wegens poging tot orgaanwegneming zonder geldige toestemming,²⁷¹⁴ waarbij dan ook *a priori* een controle op de toestemming zal plaatsvinden. In zekere zin zou men de procedure voor de vrederechter in het raam van artikel 492/1 BW betreffende de handelingsbekwaamheid eveneens als een *a priori* beoordeling kunnen beschouwen.

Vanzelfsprekend blijft daarnaast de mogelijkheid tot rechterlijke beoordeling van de toestemming *na* de orgaanwegneming open staan in het raam van een burgerrechtelijke of strafrechtelijke aansprakelijkheidsprocedure.

Afdeling 10. Voorstel tot een evenwichtigere autonomiebescherming

572. Zoals aan het begin van dit hoofdstuk werd gezegd, moet de autonomie van de levende donor als uitgangspunt worden genomen. De voorgaande analyse heeft uitgewezen dat deze autonomie reeds aanzienlijke juridische bescherming geniet. Niettemin werd er ook enige ruimte tot verbetering gedetecteerd.

Enerzijds bestaat deze verbetering in het afschaffen of nuanceren van bepaalde toestemmingsvoorwaarden. Zo werd allereerst de schrapping voorgesteld van de verplichting van de vrederechter om los van een concrete wegnemingsprocedure uitspraak te doen over de bekwaamheid van de donor.²⁷¹⁵ Verder moet het verbod op delegatie van de informatieverplichting van de wegnemende arts worden genuanceerd, zodat een kwaliteitsvollere informatieverstrekking gewaarborgd is.²⁷¹⁶ Bovendien moet het wettelijke vereiste van 'volledige' informatieverstrekking gewijzigd worden opdat duidelijk enkel de 'relevante' informatie moet worden verstrekt.²⁷¹⁷ Vervolgens moet het herroepingsrecht van de

²⁷¹² Vgl. N. NEFUSSY-LEROY, *Organes humains*, 1999, 137, nrs. 294 e.v.

²⁷¹³ Vgl. A.R. HOLDER, *Legal issues in pediatrics and adolescent medicine*, New York, John Wiley and sons, 1977, 177.

²⁷¹⁴ Art. 51 Sw. *juncto* art. 17, § 3, lid 1 Orgaantransplantatiewet.

²⁷¹⁵ Zie *supra* Afd. 2, § 2, C van dit Hoofdstuk.

²⁷¹⁶ Zie *supra* Afd. 5, § 2, A.1. van dit Hoofdstuk.

²⁷¹⁷ Zie *supra* Afd. 5, § 5, A.1. van dit Hoofdstuk. Art. 10/6, lid 1 KB Transplantatiecentra moet hier dan ook op afgestemd worden.

donor beperkt worden tot de periode vóór de orgaanwegneming, behoudens in geval van noodtoestand.²⁷¹⁸ Ten slotte werd ook gepleit voor de afschaffing van het getuigevereiste.²⁷¹⁹

Anderzijds bestaat de verbetering tegelijk ook in het toevoegen van een aantal toestemmingsgerelateerde verplichtingen. Zo moet het principe van vormvrije herroeping van de toestemming duidelijker in de wet worden bevestigd. Voorts moet ook worden opgelegd dat *cross-over* donatie simultaan moet worden uitgevoerd om tussentijdse toestemmingsherroepingen te vermijden.²⁷²⁰ Ook moet duidelijker worden bepaald dat de wegnemende arts onafhankelijk moet zijn van het transplantatieteam.²⁷²¹ Tot slot, maar zeker niet minder belangrijk, werd nog gepleit voor de precisering van de voorwaarden inzake het multidisciplinair overleg ter controle van de toestemming (m.n. de taakinhoud en de vereiste disciplines).²⁷²²

Al deze voorstellen zullen m.i. leiden tot een evenwichtigere autonomiebescherming. Weliswaar kan deze bescherming niet volledig los worden beschouwd van het vereiste van evenredigheid.²⁷²³ Dit zal in het volgende hoofdstuk verder worden onderzocht.

²⁷¹⁸ Zie *supra* Afd. 8, § 3, A.2. van dit Hoofdstuk.

²⁷¹⁹ Zie *supra* Afd. 7, § 4 van dit Hoofdstuk.

²⁷²⁰ Zie *supra* Afd. 8, § 3, B.1. van dit Hoofdstuk.

²⁷²¹ Zie *supra* Afd. 9, § 2, A.4. van dit Hoofdstuk.

²⁷²² Zie *supra* Afd. 9, § 2, B.4. van dit Hoofdstuk.

²⁷²³ Zie reeds *supra* Hoofdstuk II, Afd. 3 van dit Deel.

Hoofdstuk IV. Evenredigheid

573. De voorwaarde van evenredigheid wordt in alle onderzochte rechtsstelsels aanvaard als ethisch-maatschappelijk correctiemiddel op een ongebreidelde autonomie van de levende donor. De Orgaantransplantatiewet bevat zoals gezegd een nadere precisering van hoe de evenredigheidsafweging gemaakt moet worden met betrekking tot orgaanwegneming bij levenden. Hierdoor wijkt orgaanwegneming bij leven af van de klassieke therapeutische tussenkomsten, waarbij het evenredigheidsprincipe niet wettelijk werd uitgewerkt en de therapeutische vrijheid speelt.

De precisering voor levende donoren zit meer bepaald vervat in twee criteria: het onaanvaardbaarheids criterium (afd. 1) en vooral ook het *ultimum remedium*-criterium (afd. 2). Deze criteria zullen achtereenvolgens onderzocht worden. Daarna wordt ook aandacht besteed aan het procedurele kader waarbinnen deze criteria in de praktijk moeten worden getoetst (afd. 3). Het geheel van bevindingen zal uiteindelijk worden gebundeld in een beleidsvoorstel (afd. 4).

Afdeling 1. Het onaanvaardbaarheids criterium

§ 1. GRONDSLAG

574. Overeenkomstig artikel 3, § 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet moet de kandidaat-donor worden uitgesloten van de selectie als levende donor indien de donatie voor de donor een “*onaanvaardbaar gezondheidsrisico*” inhoudt. Dit ‘onaanvaardbaarheids criterium’ werd overgenomen uit artikel 15, lid 2 *in fine* Richtlijn 2010/53/EU. De bedoeling is om levende donoren de best mogelijke bescherming te garanderen.²⁷²⁴

De selectie van levende donoren wordt beschouwd als een medische activiteit en moet daarom uitgevoerd worden door een arts.²⁷²⁵ De arts moet met andere woorden de (on)aanvaardbaarheid van het risico *a priori* beoordelen.²⁷²⁶ Hij/zij geniet een therapeutische vrijheid. Aangezien het hier niet de donor is die bepaalt welk risico aanvaardbaar is, kan artikel 3, § 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet leiden tot een inperking van de autonomie van de donor.

575. De Nederlandse Gezondheidsraad sloeg de nagel op de kop door te stellen dat het beoordelen van de aanvaardbaarheid van de risico’s voor levende donoren ‘buitengewoon complex’ is.²⁷²⁷ De notie ‘onaanvaardbaar’ is een weinig concreet criterium en maakt op zichzelf niet duidelijk hoe de beoordeling ervan precies moet gebeuren. Om een antwoord te bieden op de vraag of de risico’s voor de donor (on)aanvaardbaar zijn, kan m.i. best een beroep worden gedaan op de techniek van de evenredigheidstoetsing.²⁷²⁸ De aanvaardbaarheid van de risico’s van orgaanwegneming kan dan beoordeeld worden door ze af te wegen tegenover de baten van de orgaanwegneming. Zoals gezegd, is de evenredigheidstoetsing zowel juridisch, als medisch-ethisch de gevestigde benaderingswijze om de aanvaardbaarheid van medische

²⁷²⁴ Considerans 23 en art. 15, lid 1 Richtlijn 2010/53/EU.

²⁷²⁵ Art. 3, § 1, lid 1 Orgaantransplantatiewet. Zie reeds: Juridische nota, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220-9, 52 en *supra* Deel III, Hoofdstuk II, Afd. 1, § 2, B.3.b.

²⁷²⁶ Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2011-12, nr. 53-2158/1, 15.

²⁷²⁷ GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, Den Haag, Gezondheidsraad, 2003, nr. 2003/1, 116.

²⁷²⁸ Vgl. S. PANIS, “Lichaamsmateriaal voor geneeskundige toepassingen op de mens” in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1215) 1247.

ingrepen te beoordelen.²⁷²⁹ Ook in het Franse, Engelse en Amerikaanse recht is de evenredigheidsregel de gangbare benaderingswijze.²⁷³⁰

Op het eerste gezicht voegt het onaanvaardbaarheids criterium dan ook weinig toe aan de bestaande gemeenrechtelijke regels. Het sluit zich aan bij de grote flexibiliteit van deze gemeenrechtelijke regels en geeft degene die het criterium moet toepassen, een grote beoordelingsvrijheid in ieder individueel geval. Deze flexibele aanpak steunt op goede redenen. De omstandigheden kunnen per donor-ontvangerpaar immers sterk verschillen.²⁷³¹ Bovendien zal de voortdurende evolutie van de medische wetenschap ook steeds de kosten-batenvergelijking wijzigen.²⁷³² Deze overwegingen wegen m.i. op tegen het risico dat een gebrek aan concrete, uniforme selectiecriteria leidt tot discrepanties in het selectiebeleid van de transplantatiecentra. De professionele vrijheid van de arts sluit evenwel niet uit dat vanuit het individuele transplantatiecentrum of het samenwerkingsverband “wegneming en transplantatie van organen” waartoe dit centrum behoort, meer concrete selectiecriteria kan opstellen in protocollen of werkprocedures.²⁷³³

576. *A posteriori* zal de beslissing van de arts getoetst kunnen worden door de rechter, die hierbij de hulp van deskundigen kan inroepen.²⁷³⁴ De therapeutische vrijheid van iedere arts is immers beperkt door de algemene zorgvuldigheidsnorm.²⁷³⁵ De rechter moet dus nagaan of de arts heeft gehandeld zoals een normaal, zorgvuldig arts, geplaatst in dezelfde omstandigheden. Het betreft in principe een objectieve of *in abstracto* beoordeling die weliswaar plaatsvindt binnen een concreet feitenkader. Er is sprake van een overtreding van artikel 3, § 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet indien de arts de risico's aanvaardbaar achtte terwijl een normaal, zorgvuldig arts in dezelfde omstandigheden deze risico's onaanvaardbaar zou achten. Overtreding van deze bepaling vormt een wanbedrijf dat bestraft kan worden met een gevangenisstraf van drie maanden tot zes maanden en/of met een geldboete van 500 tot 5.000 euro.²⁷³⁶ De rechter lijkt met deze strafmaten voldoende speelruimte te hebben om binnen het ruime spectrum van mogelijke afwijkingen van de evenredigheid/aanvaardbaarheid telkens een aangepaste straf te kunnen opleggen. Deze overtreding is bovendien een burgerrechtelijke fout die een verplichting tot vergoeding van alle schade in causaal verband met deze fout doet ontstaan.

577. Aangezien de aanvaardbaarheid afhankelijk is van de specifieke omstandigheden van iedere zaak en in de toekomst ongetwijfeld zal evolueren, is het onbegonnen werk om hier nu een oplisting te geven van alle (on)aanvaardbare risico's. Het is wel mogelijk een overzicht te

²⁷²⁹ Zie *supra* Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, D van dit Deel.

²⁷³⁰ Frankrijk: C. BYK, “Transplantation d’organes et droit: une greffe réussie ? Expérience française, contexte européen”, *JCP G* 1997, nr. 4026, (245) 250; N. NEFUSSY-LEROY, *Organes humains: prélèvements, dons, transplantations*, Parijs, Eska, 1999, 107. De restrictieve houding van de Franse wetgever ten aanzien van levende donoren weerspiegelt zich vooral in beperkingen op basis van verwantschap en in toestemmingsvoorwaarden en -procedures (Rapport M.J. LEONETTI, n° 3111, 26 januari 2011, *Projet de loi relatif à la bioéthique*, <http://www.assemblee-nationale.fr>, 287-288). Engeland: D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, 255 en 262. Verenigde Staten: ACOT Recommendation 1, www.organdonor.gov; M.F. ANDERSON, “The Future of Organ Transplantation: From Where Will New Donors Come, to Whom Will Their Organs Go?”, *Health Matrix* 1995, vol. 5, (249) 294.

²⁷³¹ Vgl. GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 74.

²⁷³² Vgl. D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 256.

²⁷³³ Er bestaat echter geen verplichting om hierover werkprocedures uit te werken. Zie over het gebrek aan consensus over de selectiecriteria: H.D.C. ROSCAM ABBING, o.c. in Y. ENGLERT (ed.), *Organ and Tissue Transplantation in the European Union*, (18) 21-22; M. ABECASSIS *et al.*, “Consensus Statement on the Live Organ Donor”, *JAMA* 2000, vol. 284, (2919) 2921.

²⁷³⁴ J.F. RANG, “Gezondheidsrechtelijke aspecten van familiedonatie bij niertransplantatie”, *TvGR* 1979, (14) 20.

²⁷³⁵ Zie *supra* Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, D van dit Deel.

²⁷³⁶ Art. 3, § 1, lid 2 *juncto* art. 17, § 1 Orgaantransplantatiewet.

geven van een aantal belangrijke parameters op basis waarvan de evenredigheids- of onaanvaardbaarheidsafweging moet worden gemaakt. Eerst zullen de parameters met betrekking tot de donor zelf uiteengezet worden. Deze vormen de ‘interne kosten-batenafweging’ (§ 2). Daarna zal ook aandacht worden besteed aan de parameters die betrekking hebben op anderen dan de donor. Deze vormen de ‘externe kosten-batenafweging’ (§ 3).²⁷³⁷

Het is vooraf belangrijk om te beseffen dat de parameters binnen dezelfde afweging niet allemaal hetzelfde gewicht toekomen.²⁷³⁸ Waar nodig zal dan ook het gewicht van de parameter in kwestie besproken worden. Het zal bovendien niet verbazen dat deze parameters grotendeels overeenstemmen met de informatie die de arts aan de donor moet overmaken. Wat van belang is voor de beslissing van de donor is vaak ook van belang voor de beslissing van de arts en de rechter.

§ 2. INTERNE KOSTEN-BATENANALYSE

578. Ten aanzien van de levende donor kan een onderscheid worden gemaakt tussen de lichamelijke parameters (*infra* A) en de psychosociale parameters (*infra* B). Hoewel ze strikt genomen eigenlijk tot de psychosociale parameters behoren, zal er ook aparte aandacht worden besteed aan de financiële parameters (*infra* C), nu deze sterk juridisch getint zijn.

A. Lichamelijke parameters

579. De term ‘gezondheidsrisico’ in artikel 3, § 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet heeft zonder twijfel betrekking op de kans op lichamelijke (incl. medische en chirurgische) gevolgen voor de levende donor.²⁷³⁹ Deze gevolgen kunnen verder worden onderverdeeld in kosten (*infra* 1) en baten (*infra* 2). Weliswaar moet telkens rekening worden gehouden met onvoldoende kennis over deze gevolgen (*infra* 3).

1. Lichamelijke kosten

580. Het staat vast dat het wegnemen van een orgaan bij een levende persoon een lichamenlijk nadeel voor hem zal betekenen. De exacte omvang van dit nadeel zal weliswaar variëren naargelang de concrete omstandigheden. Hoe groter dit nadeel, hoe groter de baten moeten zijn om orgaanwegneming te kunnen rechtvaardigen. Idealiter zijn de lichamelijke risico’s dus zo beperkt mogelijk.²⁷⁴⁰ Hierna wordt ingegaan op een viertal subparameters die van belang zijn voor het beoordelen van de (kans op) lichamelijke nadelen.

a. Het orgaan

581. De lichamelijke risico’s voor de levende donor verschillen van orgaan tot orgaan.²⁷⁴¹ De verschillen betreffen de operatieve mortaliteit en morbiditeit, alsook de risico’s op lange

²⁷³⁷ Vgl. ook: Rb. Gent 11 oktober 2004, *T. Gez.* 2004-05, 210, noot T. VANSWEEVELT en *NJW* 2005, 636, noot S. CALLENS.

²⁷³⁸ Vgl. P. DE HERT, “Artikel 8. Recht op privacy” in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM. Deel 2. Artikelsgewijze commentaar. Vol. I*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 720.

²⁷³⁹ Zie ook: Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2011-12, nr. 53-2158/1, 15; considerans 23 Richtlijn 2010/53/EU.

²⁷⁴⁰ Vgl. BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, *Organ donation in the 21st century: Time for a consolidated approach*, London, BMA, 2000, 11.

²⁷⁴¹ M. ABECASSIS *et al.*, *o.c.*, *JAMA* 2000, vol. 284, (2919) 2921 ; Considerans 23 Richtlijn 2010/53/EU; Advies nr. 11 van 20 december 1999 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 13.

termijn.²⁷⁴² Over de risico's van nefrectomie bij de levende donor werd veruit al het meeste gerapporteerd. De mortaliteit ten aanzien van de donor wordt doorgaans geschat op 0,02% à 0,03%.²⁷⁴³ Aangaande de morbiditeit blijkt minder eenduidigheid te bestaan. De schattingen liggen tussen 0% en de 35%, maar het staat vast dat het merendeel mineure complicaties betreft.²⁷⁴⁴ Bovendien zouden de complicaties goed behandelbaar en tijdelijk zijn.²⁷⁴⁵ Op lange termijn lijkt leven met één nier bovendien vooralsnog geen verhoogd risico mee te brengen.²⁷⁴⁶ In het algemeen wordt het lichamelijke risico voor de levende nierdonor voldoende laag geacht opdat nefrectomie voor transplantatie doorgaans gerechtvaardigd kan zijn.²⁷⁴⁷

582. Ten aanzien van partiële hepatectomie bij een levende donor bestaat veel meer terughoudendheid, aangezien de risico's aanzienlijk hoger liggen. De mortaliteit bij levende leversegmentdonoren zou immers ergens liggen tussen 0,1% en 0,5%.²⁷⁴⁸ Over de morbiditeit bestaat geen zekerheid, maar doorgaans wordt deze gesitueerd tussen 20% en 40%.²⁷⁴⁹ Wanneer het orgaan bestemd is voor een volwassene, dan zijn de risico's doorgaans groter, omdat er dan een grotere levermassa moet worden weggenomen.²⁷⁵⁰ Hoewel het resterende deel van de lever bij de levende donor niet volledig zal regenereren, schijnt er geen significante reductie van functie op lange termijn te zijn.²⁷⁵¹

²⁷⁴² Vgl. A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation: Key Legal and Ethical Issues*, Aldershot, Ashgate, 1999, 41.

²⁷⁴³ Advies nr. 11 van 20 december 1999 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek i.v.m. het wegnemen van organen en weefsels bij gezonde levende personen, met het oog op transplantatie, www.health.belgium.be, 3; INSERM, *Transplantation d'organes – Quelles voies de recherche?*, Parijs, Les éditions Inserm, 2009, 288; M. HELBERT, "Levende donor niertransplantatie in België anno 2012", *Orpadt forum* 2012, jaargang 12, nr. 1, (10) 15-16; Resolution CM/Res(2013)56 on the development and optimisation of live kidney donation programmes, <http://www.coe.int>.

²⁷⁴⁴ C. PETRINI en J.A. DI CAMILLO, "Risks for Living Kidney Donors: Comparison with Volunteer Participation in Clinical Trials" in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J.V. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation: Ethical, Legal and Psychosocial Aspects. Expanding the European Platform*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2011, (229) 230; Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek betreffende bepaalde ethische aspecten van de wijzigingen door de wet van 25 februari 2007 aangebracht aan de wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, www.health.belgium.be, 15; M. HELBERT, o.c., *Orpadt forum* 2012, jaargang 12, nr. 1, (10) 15-16; Resolution CM/Res(2013)56 on the development and optimisation of live kidney donation programmes, <http://www.coe.int>.

²⁷⁴⁵ GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 86.

²⁷⁴⁶ GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 86-89; GEZONDHEIDSRAAD, *Een billijke compensatie. Overwegingen bij een voorstel om levende nierdonoren prioriteit te geven bij transplantatie*, Den Haag, Gezondheidsraad, 2011, nr. 2011/06, 42-48; A.J. MATAS en H.N. IBRAHIM, "Long-term Outcome" in R.W.G. GRUESSNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, New York, McGraw-Hill Medical, 2008, (205) 209; F.L. DELMONICO, "A Report of the Amsterdam Forum On the Care of the Live Kidney Donor: Data and Medical Guidelines", *Transplantation* 2005, vol. 79, (s53) s53-s54; M. HELBERT, o.c., *Orpadt forum* 2012, jaargang 12, nr. 1, (10) 15-16; Resolution CM/Res(2013)56 on the development and optimisation of live kidney donation programmes, <http://www.coe.int>.

²⁷⁴⁷ J.K. MASON, "Contemporary Issues in Organ Transplantation" in S.A.M. MCLEAN (ed.), *Contemporary Issues in Law, Medicine and Ethics*, Aldershot, Dartmouth, 1996, (117) 128; GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 74; T. MARTENS en K. VANDEWOUDE, "Ethische aspecten van levende orgaandonatie", *T. Gen.* 2009, afl. 65, nr. 8, (350) 351.

²⁷⁴⁸ B. RINGE en R.W. STRONG, "The Dilemma of Living Liver Donor Death: to Report or not to Report?", *Transplantation* 2008, vol. 85, (790) 792, die vermoeden dat er sprake is van onderrapportering; T. MARTENS en K. VANDEWOUDE, o.c., *T. Gen.* 2009, afl. 65, nr. 8, (350) 351; INSERM, *Transplantation d'organes – Quelles voies de recherche?*, Parijs, Les éditions Inserm, 2009, 310; L.E. RATNER en P.R. SANDOVAL, "When Disaster Strikes: Death of a Living Organ Donor", *Am. J. Transpl.* 2010, vol. 10, (2577) 2578. Voor de wegneming van een linker leverlob (voor een kind) zou het mortaliteitsrisico evenwel slechts op 0,04% liggen (Advies van 12 september 2011 over de draagwijdte en de visie die ten grondslag liggen aan de wetsvoorstellen nr. 5-666, 5-667, 5-897, 5-922 en 5-1024 over orgaandonatie, die in de Senaat worden besproken, *Jaarboek en Verslagen van de Koninklijke Academie voor Geneeskunde van België* 2011, 73).

²⁷⁴⁹ GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 167 en 169; D.L. RUDOW *et al.*, "Donor Morbidity and Mortality" in R.W.G. GRUESSNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, 2008, (504) 512; Rapport van de Académie nationale de Médecine, "Le recours aux donneurs vivants en transplantation d'organes" (2009), www.academie-medecine.fr; J. PIRENNE *et al.*, "Abdominal Transplant Surgery and Transplant Coordination University Hospitals Leuven 1997-2007: an Overview", *Acta Chir. Belg.* 2008, (15) 16.

²⁷⁵⁰ Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 19.

²⁷⁵¹ J.F. TROTTER *et al.*, "Long-Term Donor Outcomes" in R.W.G. GRUESSNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, 2008, (513) 515.

583. Wegneming van een longkwab, van een pancreassegment of van een deel van de dunne darm bij een levende donor is veeleer als experimenteel te beschouwen, aangezien er nog veel onzekerheid over bestaat.²⁷⁵² Voorlopig werden nog geen sterfgevallen gerapporteerd, wat het gevolg is van het beperkt aantal van dergelijke wegnemingen dat tot nu toe werden uitgevoerd. Bij wegneming van een volledige long zouden de mortaliteit 5% en het functieverlies 50% zijn, wat onaanvaardbaar wordt geacht.²⁷⁵³ Bij wegneming van een longkwab bij een levende donor zouden de complicaties tussen de 10% en 60% liggen.²⁷⁵⁴ Bovendien zou er een vermindering van de longfunctie zijn, waardoor minder inspanningen mogelijk zijn.²⁷⁵⁵ Indien men enkel een longkwab wegneemt, zouden er wel twee levende donoren nodig zijn, behoudens voor kleine kinderen of volwassenen met een kleine taille.²⁷⁵⁶ Vaak wordt donatie van een longkwab bij leven om deze redenen onaanvaardbaar geacht.²⁷⁵⁷ Ten aanzien van levende pancreassegmentdonoren vloeit de sterke terughoudendheid vooral voort uit het risico op verlies van metabolische functie op lange termijn.²⁷⁵⁸ Wegneming van een deel van een dunne darm bij een levende donor lijkt voorlopig een beperkte, tijdelijke morbiditeit te veroorzaken en heeft nog niet tot lange termijn-complicaties aanleiding gegeven.²⁷⁵⁹ Deze ingreep werd reeds geacht aanvaardbaar te kunnen zijn.²⁷⁶⁰ Gecombineerde lever- en darmsegmentwegneming lijkt echter nog niet veilig.²⁷⁶¹

b. De gezondheidstoestand van de donor

584. Artikel 3, § 1, lid 1 Orgaantransplantatiewet schrijft voor dat de selectie van de donor moet gebeuren op basis van zijn gezondheidstoestand en zijn medische antecedenten. Zowel de huidige, als de vroegere gezondheidstoestand van de donor moeten dus als een subparameter in de evenredigheidsafweging betrokken worden.²⁷⁶² De Belgische wetgever verwees reeds naar de kandidaat-nierdonor die kort voordien een hartinfarct kreeg, als voorbeeld van een onaanvaardbaar gezondheidsrisico.²⁷⁶³ In dit geval zou de nierwegneming niet langer een beperkt risico inhouden voor deze specifieke donor. Naast cardiovasculaire aandoeningen kan

²⁷⁵² D.C. CRONIN II en M. SIEGLER, "The American Perspective" in R.W.G. GRUESSNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, 2008, (16) 19. In dezelfde zin: M. BROYER, o.c. in R. CARVAIS en M. SASPORTES (eds.), *La greffe humaine: (in)certitudes éthiques: du don de soi à la tolérance de l'autre: dialogue pluridisciplinaire sur "la greffe, le don et la société"*, Parijs, Presses universitaires de France, 2000, (421) 441.

²⁷⁵³ G. MASSARD et al., "Greffe pulmonaire à donneur vivant. Considérations éthiques" in M.-J. THIEL (ed.), *Donner, recevoir un organe: droit, dû, devoir*, Straatsburg, Presses universitaires de Strasbourg, 2009, (282) 287.

²⁷⁵⁴ GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 175-176; G. MASSARD et al., o.c. in M.-J. THIEL (ed.), *Donner, recevoir un organe*, 2009, (282) 287.

²⁷⁵⁵ GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 175-176; J.M.M. VAN DEN BOSCH, "Longtransplantatie met behulp van levende donoren", *Ned. T. Gen.* 2006, (184) 186.

²⁷⁵⁶ G. MASSARD et al., o.c. in M.-J. THIEL (ed.), *Donner, recevoir un organe*, 2009, (282) 286 en 288.

²⁷⁵⁷ D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 256; INSERM, *Transplantation d'organes – Quelles voies de recherche?*, Parijs, Les éditions Inserm, 2009, 339.

²⁷⁵⁸ Ph.M.M. DOOPER en A.J. HOITSMA, "Donatie bij leven" in H.B.M. VAN WEZEL, M. SLOOFF en H. VAN GOOR (eds.), *Orgaandonatie. Organisatorische, juridische, ethische en medisch-technische aspecten van orgaan- en weefseldonatie*, Houten, Bohn Stafleu Van Loghum, 1998, (195) 195; A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, 1999, 46; R.W.G. GRUESSNER, "Morbidity, Mortality, and Long-term Outcome" in R.W.G. GRUESSNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, 2008, 398-400.

²⁷⁵⁹ E. BENEDETTI et al., "Selection and Workup" in R.W.G. GRUESSNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, 2008, (685) 685; G. TESTA et al., "Morbidity, Mortality, Long-Term Outcome" in R.W.G. GRUESSNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, 2008, (690) 691.

²⁷⁶⁰ A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, 1999, 46.

²⁷⁶¹ R.W.G. GRUESSNER, "Surgical Procedures and Perioperative Care" in R.W.G. GRUESSNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, 2008, (688) 689.

²⁷⁶² Zie ook: B. SLUYTERS, "Juridische aspecten" in J.M. GREEP (ed.), *Orgaantransplantatie*, Leiden, Stafleu, 1970, (361) 387.

²⁷⁶³ Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2011-12, nr. 53-2158/1, 15.

ook aan situaties betreffende de donor gedacht worden, zoals bv. diabetes,²⁷⁶⁴ te hoge BMI,²⁷⁶⁵ te slechte nierfunctie²⁷⁶⁶ of voorafgaand donorschap van een ander orgaan²⁷⁶⁷. In de medische wereld blijkt weliswaar geen volledige consensus te bestaan over de verschillende contra-indicaties.²⁷⁶⁸

585. Om de gezondheidstoestand van de donor te beoordelen is een voorafgaand onderzoek van de donor vereist.²⁷⁶⁹ Niet enkel de orgaanwegname, maar ook dit onderzoek brengt risico's voor de potentiële donor mee.²⁷⁷⁰ Dit is bv. het geval bij een arteriografie.²⁷⁷¹ Deze risico's zijn van belang voor de vraag of het uitvoeren van deze onderzoeken aanvaardbaar is. Bij een negatief antwoord heeft dit een invloed op de beoordeling van de aanvaardbaarheid van de orgaanwegname zelf. Onduidelijkheid over de gezondheidstoestand van de donor kan immers leiden tot onduidelijkheid over de aanvaardbaarheid van de orgaanwegname.

c. Omkadering van de zorg

586. De orgaanwegname bij een levende donor mag niet los worden gezien van het ruimere kader waarin ze wordt verricht. Zo is het van belang *waar* en door *wie* de wegname wordt uitgevoerd. De bovenvermelde uitkomsten en percentages kunnen immers variëren van transplantatiecentrum tot transplantatiecentrum.²⁷⁷² Het is dus van belang om de wegname door ervaren teams die beschikken over voldoende middelen en ervaring, te laten uitvoeren.²⁷⁷³ In het algemeen is er in België een kwalitatief hoogstaande peri- en postoperatieve zorg beschikbaar.²⁷⁷⁴

Hoe de wegname wordt uitgevoerd kan eveneens van belang zijn. Zo kan bv. nefrectomie geschieden via de klassieke open methode of via de nieuwere laparoscopische methode. Deze laatste methode zou voor de donor minder pijn, een sneller herstel en een beter esthetisch resultaat tot gevolg hebben, wat ook de bereidheid tot doneren kan doen stijgen, maar betekent een langere operatie en een groter ischemierisico (voor de ontvanger).²⁷⁷⁵

²⁷⁶⁴ Dossier orgaantransplantatie, MagUZA oktober 2014, 22.

²⁷⁶⁵ Zie weliswaar: B. O'BRIEN *et al.*, "Expanding in the Donor Pool: Living Donor Nephrectomy in the Elderly and the Overweight", *Transplantation* 2012, vol. 93, 1158-1165.

²⁷⁶⁶ F.L. DELMONICO, *o.c.*, *Transplantation* 2005, vol. 79, (s53) s55-s56.

²⁷⁶⁷ M. ABECASSIS *et al.*, *o.c.*, *JAMA* 2000, vol. 284, (2919) 2924; L.F. PACHECO-MOREIRA *et al.*, "One Living Donor and Two Donations: Sequential Kidney and Liver Donation With 20-Years Interval", *Transpl. Proc.* 2005, vol. 37, 4337.

²⁷⁶⁸ A. LENNERLING *et al.*, "Living organ donation practices in Europe – results from an online survey", *Transplant Int.* 2013, vol. 26, (145) 150-151.

²⁷⁶⁹ THE ETHICS COMMITTEE OF THE TRANSPLANTATION SOCIETY, "The Consensus Statement of the Amsterdam Forum on the Care of the Live Kidney Donor", *Transplantation* 2004, vol. 78, nr. 4, (491) 491; T.L. PRUETT *et al.*, "The Ethics Statement of the Vancouver Forum in the Live Lung, Liver, Pancreas, and Intestine Donor", *Transplantation* 2006, vol. 81, nr. 10, (1386) 1386.

²⁷⁷⁰ Considerans 23 Richtlijn 2010/53/EU; Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2011-12, nr. 53-2158/1, 15; Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité over het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake kwaliteits- en veiligheidsnormen voor menselijke organen, bestemd voor transplantatie, *Pb. C.* 16 december 2009, afl. 306, 67, punt 4.9.

²⁷⁷¹ Advies nr. 11 van 20 december 1999 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 5; COUNCIL OF EUROPE, *Guide to safety and quality assurance for organs, tissues and cells*, Straatsburg, Council of Europe Publishing, 2004 (2^{de} ed.), 34-35.

²⁷⁷² W. KOKKEDEE, "De Wet op de orgaandonatie aangenomen", *TvGR* 1998, (202) 205.

²⁷⁷³ M. ABECASSIS *et al.*, *o.c.*, *JAMA* 2000, vol. 284, (2919) 2921 en 2925. Zie ook: Aanbevelingen 1 en 2 in Resolution CM/Res(2008)4 on adult-to-adult living donor liver transplantation, <http://www.coe.int>.

²⁷⁷⁴ Vgl. Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 14.

²⁷⁷⁵ GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 99; M.H. SAYEGH en C.B. CARPENTER, "Transplantation 50 Years Later – Progress, Challenges, and Promises", *N. Engl. J. Med.* 2004, vol. 351, afl. 26, (2761) 2765; R. KANDASWAMY en A. HUMAR, *o.c.* in A. HUMAR, A.J. MATAS en W.D. PAYNE (eds.), *Atlas of Organ Transplantation*, Londen, Springer, 2006, (59) 60.

d. De relatie tussen donor en ontvanger

587. Het wordt algemeen aanvaard dat een gebrek aan genetische of emotionele band met de ontvanger voor de levende donor in principe niet leidt tot een verhoogd lichamelijk risico bij orgaanwegname.²⁷⁷⁶ De lichamelijke gevolgen voor de donor vormen dus geen pertinente reden om ongerelateerde levende donoren consequent anders te behandelen dan gerelateerde donoren.²⁷⁷⁷

Niettemin kan een genetische band soms wel onrechtstreeks van belang zijn. Indien de ontvanger bv. lijdt aan een bepaalde *aangeboren* nieraandoening, dan kan de genetische band een contra-indicatie zijn voor de levende donor.²⁷⁷⁸ Deze zou dan immers wegens zijn gezondheidstoestand een verhoogd risico op diezelfde nieraandoening kunnen hebben.

Daarnaast is er een specifieke vorm van ongerelateerd donorschap waarbij het lichamelijk risico mogelijk hoger zou kunnen liggen: de dominolevertransplantatie. Hierbij werd wel eens gesteld dat er een nadeel voor de donor zou zijn omdat bij de wegneming voor dominotransplantatie de operatie complexer en langer zou zijn.²⁷⁷⁹ Maar recenter onderzoek lijkt deze kritiek te ondermijnen.²⁷⁸⁰

2. Lichamelijke baten

588. Orgaanwegname heeft voor de levende donor in principe geen rechtstreekse lichamelijke baten.²⁷⁸¹ Een weinig frequente uitzondering betreft orgaanwegname in het raam van een dominotransplantatie²⁷⁸² of een autotransplantatie, waarbij de wegneming een onderdeel van de behandeling van de levende donor is.

Daarbuiten zijn er mogelijk enkele onrechtstreekse baten. Zo wordt het ontdekken van bepaalde aandoeningen tijdens de voorafgaande onderzoeken vaak als zo'n baat beschouwd.²⁷⁸³ In dergelijk geval zal de kandidaat-donor dan desgevallend kunnen worden behandeld of kunnen worden doorverwezen voor behandeling.²⁷⁸⁴ Weliswaar zal dergelijk 'ontdekkingsvoordeel' niet in alle gevallen aanwezig zijn. Bovendien is dergelijke ontdekking niet noodzakelijk een voordeel.²⁷⁸⁵ Zo kan het bv. gaan om een ongeneeslijke ziekte en/of was de kandidaat-donor hier liever niet van op de hoogte geweest. In feite gaat het zelfs niet om een voordeel van de orgaanwegname, maar slechts van het voorafgaand onderzoek. Eenmaal de

²⁷⁷⁶ GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 123-124 en 138; L.F. ROSS, "The Ethics of Kidney Paired Exchanges and Thematic Variations" in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation: Ethical, Legal and Psychosocial Aspects. Towards a Common European Policy*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2008, (183) 184, 186 en 187.

²⁷⁷⁷ D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 324; M. HILHORST *et al.*, "Can we turn down autonomous wishes to donate anonymously?", *Transpl. Int.* 2011, vol. 24, (1164) 1166 en 1169.

²⁷⁷⁸ GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 122.

²⁷⁷⁹ GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 186.

²⁷⁸⁰ G. TINCANI *et al.*, "Operative Risks of Domino Liver Transplantation for the Familial Amyloid Polyneuropathy Liver Donor and Recipient: a Double Analysis", *Am. J. Transpl.* 2011, vol. 11, (759) 762-764; F. NUNES *et al.*, "Domino Liver Transplant: Influence on the Number of Donors and Transplant Coordination", *Transpl. Proc.* 2004, vol. 36, (916) 917; J.P. SCOTT *et al.*, "The Ethics of Domino Heart Transplantation" in W. LAND en J.B. DOSSETOR (eds.), *Organ Replacement Therapy: Ethics, Justice and Commerce*, Berlijn/Heidelberg, Springer-Verlag, 1991, (541) 541-542.

²⁷⁸¹ B. SINDIC, "De la capacité du mineur en matière de prélèvement et de transplantation d'organes", *Ann. Dr. Louvain* 2002, (225) 265; M. HELBERT, o.c., *Orpadt forum* 2012, jaargang 12, nr. 1, (10) 15.

²⁷⁸² COUNCIL OF EUROPE, *Guide to safety and quality assurance for organs, tissues and cells*, Straatsburg, Council of Europe Publishing, 2004 (2^{de} ed.), 7 en 38.

²⁷⁸³ A. SPITAL, "Donor Benefit Is the Key to Justified Living Organ Donation", *Camb. Q. Healthc. Ethics* 2004, vol. 13, (105) 106; ACOT Recommendation 1, www.organdonor.gov; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 258.

²⁷⁸⁴ Vgl. T.L. PRUETT *et al.*, o.c., *Transplantation* 2006, vol. 81, nr. 10, (1386) 1386, waar wordt gesteld dat het transplantatiecentrum deze zorg op zich moet nemen.

²⁷⁸⁵ In die zin: OPTN Policy 14.3.A.i, www.optn.transplant.hrsa.gov.

verborgen aandoening is ontdekt, kan de arts dit ontdekkingsvoordeel in het voorliggende geval logischerwijze niet meer inroepen om de daaropvolgende orgaanwegneming te rechtvaardigen.

Specifiek met betrekking tot nierdonatie heeft onderzoek uitgewezen dat levende nierdonoren vaak een grotere levensverwachting hebben dan de gemiddelde bevolking.²⁷⁸⁶ Dit zou te maken hebben met het feit dat enkel levende donoren worden geselecteerd die sowieso al heel gezond zijn, maar ook met de gezondheidsvoorlichting die deze donoren krijgen.²⁷⁸⁷ Levende donoren blijken m.a.w. bewuster te zijn van hun gezondheid. Dit zou een potentiële onrechtstreekse baat van nierwegneming bij leven kunnen zijn.

De potentiële onrechtstreekse lichamelijke baten lijken op zich echter onvoldoende gewichtig om op te wegen tegen de risico's van orgaanwegneming.²⁷⁸⁸ Er zal dus verder moeten worden gezocht naar baten buiten de medisch-lichamelijke belangen van de levende donor.

3. Gebrek aan kennis over de lichamelijke gevolgen

a. Beoordeling bij wetenschappelijke onzekerheid

589. Zoals al aan bod kwam bij de informatieplicht ten aanzien van de levende donor²⁷⁸⁹ en zoals uit de bovenstaande data opnieuw mag blijken, bestaat er nog wel wat wetenschappelijke onzekerheid over sommige gevolgen van orgaanwegneming bij leven. Deze onzekerheden moeten zonder twijfel door de arts in acht worden genomen bij zijn beoordeling van de aanvaardbaarheid van de (lichamelijke) gevolgen voor de levende donor.²⁷⁹⁰ Het zou m.i. te ver gaan om te vereisen dat bij onzekerheid steeds iedere wegnemingsactiviteit gestaakt wordt. Zo'n restrictieve houding zou verhinderen dat ervaring kan worden opgedaan. Zonder deze ervaring kan nooit zekerheid verkregen worden en zal orgaanwegneming (en -transplantatie) niet verder ontwikkeld kunnen worden.²⁷⁹¹ Beperkte informatie over de uitkomsten voor donoren nopen veeleer tot een voorzichtige, doordachte en transparante aanpak.²⁷⁹² Pas als er werkelijk te weinig informatie voorhanden is, kan orgaanwegneming wegens haar zeer moeilijk te beoordelen karakter onaanvaardbaar worden geacht. De artsen zullen de orgaanwegneming dan moeten weigeren en pas na verder onderzoek (bv. experimenten op dieren) dergelijke wegneming heroverwegen.²⁷⁹³ Ook de ernst van het onzekere gevolg moet hierbij in acht worden genomen.²⁷⁹⁴

b. Follow-up en registratie van levende donoren

590. De nood aan meer (Europese) informatie over het gebruik van levende donoren vormde een van de aandachtspunten tijdens de werkzaamheden rond orgaandonatie binnen de Europese

²⁷⁸⁶ J.-P. SQUIFFLET, "Donor Advocacy with Special Reference to Belgium", *Transpl. Proc.* 2011, vol. 43, (3392) 3395; INSERM, *Transplantation d'organes – Quelles voies de recherche?*, Parijs, Les éditions Inserm, 2009, 288.

²⁷⁸⁷ V. BOECXSTAENS *et al.*, "Resultaten na 60 levende-donorniertransplantaties in UZ Leuven", *T. Gen.* 2010, vol. 66, (167) 171.

²⁷⁸⁸ R. MUNSON, *o.c.* in B. STEINBOCK (ed.), *The Oxford handbook of bioethics*, Oxford, Oxford University Press, 2007, (211) 221.

²⁷⁸⁹ Zie *supra* Hoofdstuk III, Afd. 5, § 5, B van dit Deel.

²⁷⁹⁰ A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, 1999, 87.

²⁷⁹¹ Vgl. R.A. TORRINGA, "Transplantatie van menselijke organen", *Ars Aequi* 1970, (1) 1; R. STEINER en A.J. MATAS, "First Things First: Laying the Ethical and Factual Groundwork for Living Kidney Donor Selection Standards", *Am. J. Transpl.* 2008, vol. 8, (930) 932.

²⁷⁹² T.L. PRUETT *et al.*, *o.c.*, *Transplantation* 2006, vol. 81, nr. 10, (1386) 1386.

²⁷⁹³ R. STEINER en A.J. MATAS, *o.c.*, *Am. J. Transpl.* 2008, vol. 8, (930) 931; J.S. TAYLOR en A. SPITAL, "Uncertainty Does Not Preclude Rationality", *Am. J. Transpl.* 2008, vol. 8, 1965; R. STEINER en A. MATAS, *o.c.*, *Am. J. Transpl.* 2008, vol. 8, 1966.

²⁷⁹⁴ H.-L. SCHREIBER, "Legal Implications of the Principle *Primum Nihil Nocere* As It Applies to Live Donors" in W. LAND en J.B. DOSSETOR (eds.), *Organ Replacement Therapy*, 1991, (13) 15.

Unie.²⁷⁹⁵ Het resultaat is dat prioritaire actie 3.2. van het Actieplan 2009-2015 nu de Europese lidstaten en de Europese Commissie aanspoort om het opzetten van registers voor levende donoren te bevorderen. Ook in WHO guiding principle 10 werd het belang van het evalueren van de langetermijnresultaten reeds benadrukt. De Koninklijke Academie voor Geneeskunde van België heeft zich hierbij aangesloten.²⁷⁹⁶ Het moet worden beschouwd als een manier om levende donoren te beschermen, zodat donatie bij leven een verantwoorde praktijk is.²⁷⁹⁷

Artikel 15, lid 3 en 4 Richtlijn 2010/53/EU verplicht de lidstaten bovendien om ervoor te zorgen dat wordt voorzien in een follow-up van levende donoren²⁷⁹⁸ en dat er een register of lijst van levende donoren wordt bijgehouden.²⁷⁹⁹ Naar aanleiding hiervan heeft de Belgische wetgever dan ook een registratie- en opvolgingsverplichting met betrekking tot levende donoren gecreëerd (art. 9bis Orgaantransplantatiewet). Het samenwerkingsverband “wegneming en transplantatie van organen” moet hiervoor richtlijnen opstellen.²⁸⁰⁰

591. De opvolging dient meer bepaald betrekking te hebben op zowel de medische, als psychosociale toestand van de levende donor en moet worden georganiseerd door het transplantatiecentrum dat verantwoordelijk is voor deze donor.²⁸⁰¹ Dit is logisch aangezien iedere orgaanwegneming bij leven in een transplantatiecentrum en door een arts van een transplantatiecentrum moet gebeuren.²⁸⁰² Het is echter niet wettelijk vereist dat de *follow-up* wordt uitgevoerd door de arts die de orgaanwegneming heeft verricht. Uiteraard vereist de algemene zorgvuldigheidsnorm wel dat de opvolging wordt uitgevoerd door iemand die over de nodige kennis en kwalificaties beschikt. Uit artikel 13bis, § 1, 3° Orgaantransplantatiewet volgt verder dat Eurotransplant verantwoordelijk is voor het bijhouden en beheren van het follow-up systeem van levende donoren. Hoe dit juist moet worden begrepen is een vraagteken.

Uit artikel 9bis Orgaantransplantatiewet volgt dat de opvolging van levende donoren dient voor de identificatie, melding en het beheer van alle ernstige ongewenste bijwerkingen bij de levende donor die mogelijk het gevolg zijn van donatie. Het betreft een algemeen erkende maatregel ter bescherming van de levende donor in kwestie.²⁸⁰³ De aanwezigheid van postoperatieve opvolging is, zoals gezegd, een factor die meespeelt bij het beoordelen van de aanvaardbaarheid van de risico's voor de levende donor.

²⁷⁹⁵ [Key stake holders meeting on organ donation and transplantation, 19 februari 2008, Brussel, http://ec.europa.eu/health/blood_tissues_organs](http://ec.europa.eu/health/blood_tissues_organs), 4; [Stake holders meeting on organ donation and transplantation, 23 mei 2008, Brussel, http://ec.europa.eu/health/blood_tissues_organs](http://ec.europa.eu/health/blood_tissues_organs).

²⁷⁹⁶ Advies van 12 september 2011 over de draagwijdte en de visie die ten grondslag liggen aan de wetsvoorstellen nr. 5-666, 5-667, 5-897, 5-922 en 5-1024 over orgaandonatie, die in de Senaat worden besproken, *Jaarboek en Verslagen van de Koninklijke Academie voor Geneeskunde van België* 2011, 73.

²⁷⁹⁷ Commission staff working document on the mid-term review of the “Action Plan on Organ Donation and Transplantation (2009-2015): Strengthened Cooperation between Member States”, SWD(2014) 147 final, <http://eur-lex.europa.eu>, 33.

²⁷⁹⁸ Zie echter: K. VAN ASSCHE *et al.*, “The Relevance of Directive 2010/53/EU for Living Organ Donation Practice: An ELPAT View”, *Transplantation* 2015, (2215) 2218 en 2221, waar erop werd gewezen dat de bepaling i.v.m. *follow-up* in Richtlijn 2010/53/EU niet bindend is.

²⁷⁹⁹ Zie ook vanuit de Raad van Europa: Aanbeveling 6 in Resolution CM/Res(2008)4 on adult-to-adult living donor liver transplantation, <http://www.coe.int>; Resolution CM/Res(2008)6 on transplantation of kidneys from living donors who are not genetically related to the recipient, www.edqm.eu; Resolution CM/Res(2013)56 on the development and optimisation of live kidney donation programmes, <http://www.coe.int>. Zie ook internationaal: guiding principle 3, WHO Guiding Principles on Human Cell, Tissue and Organ Transplantation (2010), <http://www.who.int>; M. ABECASSIS *et al.*, *o.c.*, *JAMA* 2000, vol. 284, (2919) 2925; THE ETHICS COMMITTEE OF THE TRANSPLANTATION SOCIETY, *o.c.*, *Transplantation* 2004, vol. 78, nr. 4, (491) 492. Zie ook: T.L. PRUETT *et al.*, *o.c.*, *Transplantation* 2006, vol. 81, nr. 10, (1386) 1387.

²⁸⁰⁰ Art. 6, § 2, 2°, i) KB Samenwerkingsverband.

²⁸⁰¹ Art. 10/20, lid 1 en 3 KB Transplantatiecentra.

²⁸⁰² Art. 3, § 3 Orgaantransplantatiewet en *supra* Deel III, Hoofdstuk II, Afd. 1, § 2 van dit Deel.

²⁸⁰³ Considerans 23 Richtlijn 2010/53/EU; A. LENNERLING *et al.*, *o.c.*, *Transplant Int.* 2013, vol. 26, (145) 151.

De levende donor heeft recht op een medische en psychosociale opvolging die levenslang doorloopt én kosteloos voor hem is.²⁸⁰⁴ Deze opvolging is evenwel een vorm van gezondheidszorg, zodat overeenkomstig artikel 8 Wet Patiëntenrechten de toestemming van de donor vereist is en deze dus niet kan worden verplicht tot opvolging. Daarom is enkel de overtreding van de plicht tot het organiseren van de opvolging, en niet het eigenlijke opvolgen zelf, een wanbedrijf.²⁸⁰⁵ De Belgische wetgever merkte op dat de donor wel tot opvolging kan worden aangemoedigd.²⁸⁰⁶

592. Ieder transplantatiecentrum staat in voor de (anonieme) registratie van haar levende donoren.²⁸⁰⁷ Wat het doel van het register is, werd niet verduidelijkt. Volgens het KB Transplantatiecentra lijkt het vooral te gaan om het aantal levende donoren en het aantal en de soorten weggenomen, getransplanteerde en verwijderde organen van levende donoren.²⁸⁰⁸ Logischerwijze moet de verplichting tot een register uit Richtlijn 2010/53/EU worden gezien in samenhang met de verplichting tot *follow-up*. Zo dient het register niet louter om het aantal (organen van) levende donoren bij te houden, maar ook om de bijwerkingen die zich tijdens de *follow-up* veruitwendigen, bij te houden. De Engelse omzettingbepaling weerspiegelt dit veel duidelijker en is dan ook te verkiezen boven de Belgische.²⁸⁰⁹ Dergelijk register is in het belang van alle toekomstige levende donoren. Men zal immers beschikken over meer informatie, zodat de levende donor beter geïnformeerd kan worden, alsook de artsen een betere beoordeling kunnen maken en betere zorg kunnen bieden.²⁸¹⁰ Ook op macroniveau is deze kennis van belang. Het voorzorgsbeginsel vereist dat beleidsbeslissingen bij wetenschappelijke onzekerheid gesteund moeten worden op empirische wetenschappelijke gegevens,²⁸¹¹ wat het aanleggen van een gegevensbank in de mate van het mogelijke impliceert.²⁸¹² Het feit dat de opvolging in principe levenslang moet zijn, kan worden verantwoord om een zo volledig mogelijk inzicht in de gevolgen te verkrijgen.²⁸¹³

Eurotransplant staat in voor het bijhouden en het beheer van het register.²⁸¹⁴ De Belgische wetgever volgt het voorbeeld van Frankrijk, waar het *Agence de la biomédecine* alle resultaten op nationaal niveau verzamelt, analyseert en rapporteert.²⁸¹⁵ Het had evenwel beter geweest om de taakomschrijving van Eurotransplant preciezer in deze zin te formuleren. Bovendien zou Eurotransplant zich niet hoeven te beperken tot België, maar bevindt het zich in de positie om een internationaal register van alle Eurotransplantlanden te organiseren. Het nut van een internationaal register kan alvast niet worden ontkend, aangezien dit tot meer data

²⁸⁰⁴ Art. 10/20, lid 1 en 3 KB Transplantatiecentra. Zie ook: Recommendations 3 en 4, Working Group 1, Recommendations for the legislation and procedures for living donation, www.eulivingdonor.eu; T.L. PRUETT *et al.*, *o.c.*, *Transplantation* 2006, vol. 81, nr. 10, (1386) 1387.

²⁸⁰⁵ Art. 17, § 3, lid 1 Orgaantransplantatiewet.

²⁸⁰⁶ Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2011-12, nr. 53-2158/1, 30.

²⁸⁰⁷ Art. 10/19, § 1, 4°-7° en § 4 KB Transplantatiecentra.

²⁸⁰⁸ Art. 10/19, § 1, 4°-7° en § 4 KB Transplantatiecentra.

²⁸⁰⁹ Sec. 15 Quality and Safety of Organs Intended for Transplantation Regulations 2012.

²⁸¹⁰ Vgl. Advies van 12 september 2011 over de draagwijdte en de visie die ten grondslag liggen aan de wetsvoorstellen nr. 5-666, 5-667, 5-897, 5-922 en 5-1024 over orgaandonatie, die in de Senaat worden besproken, *Jaarboek en Verslagen van de Koninklijke Academie voor Geneeskunde van België* 2011, 73; L. LOPP, Regulations regarding living organ donation in Europe, 2013, 293; THE ETHICS COMMITTEE OF THE TRANSPLANTATION SOCIETY, *o.c.*, *Transplantation* 2004, vol. 78, nr. 4, (491) 492; T.L. PRUETT *et al.*, *o.c.*, *Transplantation* 2006, vol. 81, nr. 10, (1386) 1387.

²⁸¹¹ S. LIERMAN, *o.c.* in G. VAN CALSTER en E. VOS (eds.), *Risico en voorzorg in de rechtsmaatschappij*, 2004, (47) 59.

²⁸¹² Vgl. M.-A. HERMITTE, "Le principe de précaution à la lumière du drame de la transfusion sanguine en France" in O. GODARD (ed.), *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, Parijs, Maison des sciences de l'homme, 1997, (179) 190-191.

²⁸¹³ Zie ook: GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 90.

²⁸¹⁴ Art. 13bis, § 1, 3° Orgaantransplantatiewet; art. 10/20, lid 2 KB Transplantatiecentra.

²⁸¹⁵ Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2011-12, nr. 53-2158/1, 30.

leidt.²⁸¹⁶ Sommigen vinden zelfs dat er een register onder het toezicht van de WHO moet komen.²⁸¹⁷ Hoewel dit zeker een nuttige doelstelling is, kan wellicht best eerst gezorgd worden voor goedwerkend nationale registers en vervolgens regionale internationale registers.

B. *Psychosociale parameters*

593. Eerst moet het belang van de psychosociale parameters geduid worden (*infra* 1). Vervolgens zal worden ingegaan op een vijftal subparameters (*infra* 2). Zoals bij de lichamelijke parameters moet echter ook hier rekening worden gehouden met enig gebrek aan kennis over deze gevolgen (*infra* 3).

1. Belang van de psychosociale gevolgen

a. Psychosociale kosten

594. Overeenkomstig artikel 3, § 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet moet bij de donorselectie rekening worden gehouden met het ‘gezondheidsrisico’ voor de donor. Er moet worden aangenomen dat dit begrip niet enkel de lichamelijke, maar ook de psychologische en sociale risico’s voor de donor omvat. Dit blijkt immers de wil van de Europese en Belgische wetgever te zijn.²⁸¹⁸ Dit strookt ook met de ruime gezondheidsdefinitie van de World Health Organization.²⁸¹⁹ Door alle soorten risico’s voor de donor in acht te nemen, wordt een grotere bescherming geboden aan de levende donor, wat toch de kerngedachte achter het onaanvaardbaarheids criterium en de evenredigheidsvoorwaarde is.

Welke zijn de psychosociale risico’s? Uit onderzoek blijkt dat orgaanwegname bij leven kan leiden tot onder andere angst, stress, depressie en er zijn zelfs zeldzame gevallen van zelfdoding bekend.²⁸²⁰ Deze risico’s zijn zonder twijfel elementen die op zich pleiten tegen de aanvaardbaarheid van orgaandonatie door een levende persoon.

b. Psychosociale baten

595. In de vroegere juridische literatuur werd voornamelijk een afweging tussen deze risico’s voor de donor en de baten voor de ontvanger nodig geacht, en werd de mogelijkheid op psychosociale baten voor de donor ogenschijnlijk niet in rekening genomen.²⁸²¹ Niettemin toont

²⁸¹⁶ Zie reeds: M. DEFEVER, “The policies of organ transplantation in Europe: issues and problems”, *Health policy* 1990, (95) 101-102.

²⁸¹⁷ R.W.G. GRUESSNER *et al.*, “Introduction and rationale” in R.W.G. GRUESSNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, 2008, (3) 4; D.L. CONFER *et al.* “Adverse Reactions in Donors” in X. (ed.), *NOTIFY: Exploring Vigilance Notification for Organs, Tissues and Cells*, Bologna, Editrice Compositori, 2011, (119) 130.

²⁸¹⁸ Considerans 23 Richtlijn 2010/53/EU; Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2011-12, nr. 53-2158/1, 15, waar de sociale risico’s evenwel niet werden vermeld. Maar uit art. 9, lid 2 Orgaantransplantatiewet kan wel worden afgeleid dat ook de Belgische wetgever de sociale risico’s van belang acht. Ook art. 10/20, lid 1 KB Transplantatiecentra bevestigt het belang van de psychosociale gevolgen.

²⁸¹⁹ Preamble to the Constitution of the World Health Organization as adopted by the International Health Conference, New York, 19-22 June, 1946; signed on 22 July 1946 by the representatives of 61 States (Official Records of the World Health Organization, no. 2, p. 100) and entered into force on 7 April 1948; <http://www.who.int>: *a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity*”.

²⁸²⁰ Zie o.a.: Advies nr. 11 van 20 december 1999 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 5; A. VANHERCK *et al.*, “Levende nierdonatie: psychosociale aspecten van de donor”, *T. Gen.* 2000, vol. 56, (1617) 1622; N. DUERINCKX *et al.*, “Predonation psychosocial evaluation of living kidney and liver donor candidates: a systematic literature review”, *Transpl. Int.* 2014, vol. 27, (2) 2-3.

²⁸²¹ Zie bv. J.-P. DOLL, “L’aspect moral, religieux et juridique des transplantations d’organes”, *Gaz. Pal.* 1974, (820) 822; A. DEMOOR, “Transplantatie van Organen Of: Zal het recht dwingen tot naastenliefde”, *Jura Falc.* 1976-77, (69) 74; W. DREESSEN,

onderzoek duidelijk aan dat levende donoren doorgaans significante psychosociale voordelen halen uit het donorschap.²⁸²² Er wordt gesproken van een verbeterde levenskwaliteit, die gelijk is aan of zelfs hoger is dan de levenskwaliteit van de gemiddelde bevolking. Dit heeft te maken met het feit dat dankzij de donatie de ontvanger, die meestal een dierbaar familielid is, in leven kan blijven of verlost wordt van de dialysebehandeling. Bovendien ervaren levende donoren vaak een verhoogde eigenwaarde en een verbeterde relatie met de ontvanger. Ze blijken doorgaans geen spijt te hebben van hun beslissing.

Als psychosociale risico's argumenten kunnen zijn voor de onaanvaardbaarheid van orgaanwegname bij leven, dan moet de kans op aanzienlijke psychosociale voordelen logischerwijze een sterk argument kunnen zijn voor de aanvaardbaarheid van dergelijke orgaanwegname. Samen met verschillende andere auteurs moet worden gesteld dat het grote belang van dergelijke baten voor het beoordelen van de orgaanwegname bij leven niet kan worden genegeerd.²⁸²³

2. Subparameters

a. De wil van de donor

596. Goede psychosociale uitkomsten zijn weliswaar afhankelijk van een zorgvuldige voorafgaande psychosociale evaluatie van de levende donor.²⁸²⁴ Verschillende parameters verdienen hierbij aandacht. Een belangrijke parameter blijkt de *wil* van de levende donor zelf te zijn. Indien de orgaandonatie plaatsvindt onder (een gevoel van) dwang, dan zal dit leiden tot verhoogde psychologische risico's.²⁸²⁵ Daarnaast zullen de psychosociale gevolgen ook slecht(er) zijn indien de levende donor slecht geïnformeerd werd en zo onrealistische verwachtingen had.²⁸²⁶ De toestemming van de donor stemde dan als het ware niet volledig overeen met zijn wensen (dwaling). *A contrario* kan worden aangenomen dat een vrijwillige en adequaat geïnformeerde toestemming van de levende donor een goede indicatie is dat deze donor op psychosociaal vlak zal welvaren. Dit betekent bijgevolg dat de arts de aanvaardbaarheid van de orgaanwegname niet alleen vanuit diens eigen waarden en opvattingen kan beoordelen, maar in belangrijke mate ook rekening moet houden met de autonome en subjectieve waarden, opvattingen en gevoelens van de donor zelf.²⁸²⁷ De

“Orgaantransplantatie en mensenrechten”, *Jura Falc.* 1984-85, (500) 512; Juridische nota, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220-9, 54; J.K.M. GEVERS, o.c. in V.G.H.J. KIRKELS (ed.), *Transplantatie en mensbeeld*, Baarn, Ambo, 1992, (23) 30.

²⁸²² Zie o.a.: V. BOECXSTAENS *et al.*, o.c., *T. Gen.* 2010, vol. 66, (167) 171; J. VAN GOGH *et al.*, “Psychosocial Characteristics Predictive of Post-operative Mental Health in Living-related Liver or Kidney Donors: A Systematic Literature Review” in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J.V. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2011, (347) 350-351; A. PASCALEV *et al.*, “Ethical Analysis of the Arguments for and against Living Organ Donation” in F. AMBAGTSHEER en W. WEIMAR (eds.), *The EULOD Project*, 2013, (53) 63; N. DUERINCKX *et al.*, o.c., *Transpl. Int.* 2014, vol. 27, (2) 2.

²⁸²³ Zie ook: J.F. LEAVELL, “Legal problems in organ transplants”, *Miss. L.J.* 1973, (865) 870; Advies nr. 11 van 20 december 1999 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 15; GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 105-106; L. LOPP, Regulations regarding living organ donation in Europe, 2013, 174-175.

²⁸²⁴ S.G. JOWSEY en T.D. SCHNEEKLOTH, “Psychosocial factors in living organ donation: clinical and ethical challenges”, *Transplantation Reviews* 2008, vol. 22, (192) 194. Zie over deze evaluatie *infra* Afd. 3 van dit Hoofdstuk.

²⁸²⁵ R.A. SELLS, “Voluntarism of Consent in Both Related and Unrelated Living Organ Donors” in W. LAND en J.B. DOSSETOR (eds.), *Organ Replacement Therapy*, 1991, (18) 22; E.B. BRODY, *Biomedical technology and human rights*, Aldershot, Dartmouth, 1993, 112; Y. ERIM *et al.*, “Influence of Kinship on Donor’s Mental Burden in Living Donor Liver Transplantation”, *Liver Transplantation* 2012, vol. 18, (901) 905.

²⁸²⁶ A. VANHERCK *et al.*, o.c., *T. Gen.* 2000, vol. 56, (1617) 1623; S.G. JOWSEY en T.D. SCHNEEKLOTH, o.c., *Transplantation Reviews* 2008, vol. 22, (192) 194. Zie ook: A. LENNERLING, “Psychological Aspects” in R.W.G. GRUENESSNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, 2008, (212) 213, die stelt dat goede geïnformeerde donoren minder kwetsbaar zijn; M. MANYALICH *et al.*, “Project: European Living Donation and Public Health”, *Transpl. Proc.* 2009, (2021) 2023.

²⁸²⁷ A. SPITAL, o.c., *Camb. Q. Healthc. Ethics* 2004, vol. 13, (105) 107-108; M. WRIGHT *et al.*, “Living Anonymous Liver Donation: Case Report and Ethical Justification”, *Am. J. Transpl.* 2007, vol. 7, (1032) 1034; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 258-259; M.B. ALLEN *et al.*, “What Are the Harms of Refusing to Allow Living Kidney Donation?” An

proportionaliteitsafweging, die in wezen een objectieve controle moet zijn, wordt zo deels gesubjectieerd. Dit strookt met het grote belang dat in onze samenleving toekomt aan de autonomie van de patiënt. Niettemin kan er rekening worden gehouden met enkele meer objectieve parameters, zoals mag blijken uit wat hierna volgt.

b. Lichamelijke resultaten voor de ontvanger en de donor

597. De ervaring inzake levende donoren leert dat de psychosociale gevolgen voor de levende donor negatief beïnvloed worden naarmate de transplantatie bij de ontvanger slechte resultaten oplevert (bv. complicaties, mislukking of overlijden van de ontvanger).²⁸²⁸ Op basis hiervan kan worden verdedigd dat de baten van orgaanwegname bij leven voor de ontvanger eveneens in rekening moeten worden gebracht bij de beoordeling van de aanvaardbaarheid van deze orgaanwegname. L. Lopp onderstreept hierbij ook terecht het belang van een goede postoperatieve zorg voor de ontvanger en het bestaan van allerlei andere kwaliteits- en veiligheidsmaatregelen.²⁸²⁹

De te verwachten resultaten voor de ontvanger zijn echter niet allesbepalend. Slechte uitkomsten voor de ontvanger leiden immers niet altijd tot slechte psychosociale uitkomsten voor de donor. Zelfs indien de transplantatie mislukt (bv. door afstoting) zou de levende donor alsnog gemoedsrust kunnen putten uit de gedachte dat hij al het mogelijke heeft gedaan om de ontvanger te redden.²⁸³⁰

598. Specifiek ten aanzien van *cross-over* donatie wordt wel eens gewezen op het risico dat het ene orgaan tot betere resultaten leidt dan het andere orgaan, wat kan leiden tot teleurstelling of frustratie.²⁸³¹ Maar in feite bestaat er geen verschil met directe transplantatie, aangezien ook dan het risico op mislukking en de daarmee gepaard gaande psychosociale nadelen bestaan.²⁸³² Bovendien zouden psychosociale risico's ten gevolge van discrepantie bij zo'n gepaarde donorruil vermeden worden wanneer anonimiteit tussen de paren gehanteerd wordt.²⁸³³ Dan kan immers niet zo maar vergeleken worden.

Specifiek ten aanzien van ongebalanceerde *cross-over* donatie wordt gezegd dat het compatibele paar het voordeel van de goede match en dus goede kans op succes inruilt voor het risico op minder goede resultaten met het donororgaan van het incompatibele koppel. Dit zou

Expanded View of Risks and Benefits", *Am. J. Transpl.* 2014, vol. 14, (531) 532; A. CRONIN, "Making the margins mainstream: strategies to maximise the donor pool" in A.-M. FARRELL, D. PRICE en M. QUIGLEY (eds.), *Organ shortage: ethics, law, and pragmatism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, (104) 116. Ook in die zin: R. MUNSON, o.c. in B. STEINBOCK (ed.), *The Oxford handbook of bioethics*, 2007, (211) 221-223; T. GUTMANN en W.G. LAND, "The European Perspective" in R.W.G. GRUENNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, 2008, (37) 40; M. HILHORST *et al.*, o.c., *Transpl. Int.* 2011, vol. 24, (1164) 1167-1168; L. LOPP, Regulations regarding living organ donation in Europe, 2013, 157-158 en 159.

²⁸²⁸ Advies nr. 11 van 20 december 1999 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 5; A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, 1999, 49; A. VANHERCK *et al.*, o.c., *T. Gen.* 2000, vol. 56, (1617) 1622; S.G. JOWSEY en T.D. SCHNEEKLOTH, o.c., *Transplantation Reviews* 2008, vol. 22, (192) 193; T.R. McCUNE, o.c. in R.W.G. GRUENNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, 2008, (64) 66-68; A. LENNERLING, o.c. in R.W.G. GRUENNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, 2008, (212) 215.

²⁸²⁹ L. LOPP, Regulations regarding living organ donation in Europe, 2013, 129.

²⁸³⁰ Advies nr. 11 van 20 december 1999 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 15; L.F. ROSS en J.R. THISTLETHWAITE, "Minors as living solid-organ donor", *Pediatrics* 2002, (454) 455; M. HELBERT, o.c., *Orpadt forum* 2012, jaargang 12, nr. 1, (10) 16.

²⁸³¹ GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 129; A. CRONIN, o.c. in A.-M. FARRELL, D. PRICE en M. QUIGLEY (eds.), *Organ shortage*, 2011, (104) 112. Zie ook: Vraag om uitleg van de heer Patrik Vankrunkelsven aan de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid over "orgaandonatie", *Hand. Senaat* 2006-07, 57 (nr. 3-2111).

²⁸³² Zie: S.G. JOWSEY en T.D. SCHNEEKLOTH, o.c., *Transplantation Reviews* 2008, vol. 22, (192) 194; L. LOPP, Regulations regarding living organ donation in Europe, 2013, 102 en 184-185.

²⁸³³ L.W. KRANENBURG *et al.*, "Starting a Crossover Kidney Transplantation Program in The Netherlands: Ethical and Psychological Considerations", *Transplantation* 2004, vol. 78, nr. 2, (194) 194-196.

dus tot minder grote psychologische baten voor de donor van het compatibele koppel kunnen leiden.²⁸³⁴ Weliswaar kan het zijn dat de donor van het compatibele koppel alsnog er psychosociaal goed uitkomt door het feit dat hij de ‘eigen’ ontvanger, alsook een ander koppel heeft kunnen helpen.²⁸³⁵

599. Logischerwijze kan het optreden van complicaties of ziekte bij de donor ten gevolge van de orgaanwegname eveneens leiden tot psychosociale problemen. Een schrijnend voorbeeld hiervan is te vinden in de Engelse zaak *XYZ v. Portsmouth Hospitals NHS Trust*.²⁸³⁶ Een levende nierdonor kreeg zelf te kampen met nierfalen, wat leidde tot dagelijkse angst en zware depressie. Dit pleit voor een zorgvuldige beoordeling van de lichamelijke gevolgen voor de levende donor.

c. De hechtheid van de relatie tussen donor en ontvanger

600. Er kan worden gesteld dat de psychosociale baten voor de levende donor groter zullen zijn naarmate de emotionele band met de ontvanger sterker is.²⁸³⁷ Hierachter schuilt een logische verklaring. Hoe meer de donor op een positieve manier emotioneel betrokken is bij de ontvanger, hoe meer een verbetering in de gezondheid van deze laatste de donor op een positieve manier zal beïnvloeden. Donoren die een sterke band hebben met de ontvanger zullen met andere woorden sneller aanvaardbaar zijn dankzij de grotere baten.

Weliswaar blijkt er in de VS een consensus te bestaan dat familie omwille van de aard van de relatie met de ontvanger niet mag verwacht worden grotere risico's te nemen. Hier kan best een onderscheid gemaakt worden tussen het risico op familiale dwang en het vrijwillig aangaan van grotere risico's. Zonder twijfel moet familiale dwang²⁸³⁸ vermeden worden, aangezien dit veeleer tot psychosociale risico's leidt. In die zin mag inderdaad niet zomaar verwacht worden dat familieleden omwille van de familieband grotere risico's nemen. Niet de genetische band, maar de emotionele band is bepalend. De hechtheid van deze band zal telkens *in concreto* onderzocht moeten worden. Wanneer deze band kan worden vastgesteld valt er in principe iets voor te zeggen dat de levende donor vrijwillig grotere risico's kan aangaan omdat er grotere baten kunnen zijn die hiertegen opwegen.

d. Gebrek aan relatie met de ontvanger

601. Zoals eerder verdedigd, kan op basis van de lichamelijke gevolgen voor de levende donor niet worden gesteld dat orgaandonatie door een ongerelateerde levende donor *a priori* moet worden uitgesloten. Sommigen verdedigen nu de stelling dat donatie door een donor die geen emotionele band heeft met de ontvanger, in het algemeen niet te rechtvaardigen is omdat de psychosociale baten voor de ongerelateerde donor te zwak zouden zijn en veeleer afwezig

²⁸³⁴ L.F. ROSS, *o.c.* in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2008, (183) 185-186.

²⁸³⁵ S.E. GENTRY *et al.*, “Expanding Kidney Paired Donation Through Participation by Compatible Pairs”, *Am. J. Transpl.* 2007, (2361) 2368-2369, die ook wijst op de kans dat het compatibele paar een beter, jonger orgaan verkrijgt, waardoor het dus niet langer om een ‘ongebalanceerde’ donatie zou gaan.

²⁸³⁶ Zie bv. *XYZ v. Portsmouth Hospitals NHS Trust*, [2011] EWHC 243 (QB).

²⁸³⁷ A. SPITAL, *o.c.*, *Camb. Q. Healthc. Ethics* 2004, vol. 13, (105) 107; GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 122 (waar een genetische band niet altijd als determinerend wordt beschouwd).

²⁸³⁸ Zie reeds *supra* Hoofdstuk III, Afd. 3, § 2, B van dit Deel.

moeten worden geacht.²⁸³⁹ Kan een gebrek aan psychosociale voordelen of het risico op psychosociale nadelen wél een algemeen verbod op ongerelateerde levende donoren verantwoorden?

Het antwoord is m.i. negatief. Het bestaande, maar weliswaar beperkte onderzoek hierover toont voorlopig aan dat ongerelateerde levende donoren mits zorgvuldige peroperatieve screening wel degelijk een psychologisch voordeel (m.n. door verhoogde eigenwaarde) kunnen halen uit het donorschap.²⁸⁴⁰ Anders gezegd: de psychosociale risico's blijken niet noodzakelijk groter te zijn dan bij gerelateerde donoren.²⁸⁴¹ Op basis hiervan moet worden besloten dat een absoluut verbod op ongerelateerde levende donoren vooralsnog niet kan worden gestaafd aan de hand van de psychosociale gevolgen voor dit type donor. De psychosociale gevolgen moeten in ieder geval individueel beoordeeld worden.²⁸⁴²

Dit sluit weliswaar niet uit dat het gebrek aan relatie alsnog een rol kan spelen bij de individuele beoordeling van de aanvaardbaarheid van een ongerelateerde levende donor. Er lijkt immers wel een verschil te bestaan tussen gerelateerde en ongerelateerde donoren op psychosociaal vlak. In tegenstelling tot gerelateerde donoren zullen ongerelateerde donoren vaak niet het voordeel hebben een dierbare naaste te zien herstellen. Zodus kan worden verwacht dat de psychosociale baten voor de ongerelateerde donor minder zeker zullen zijn.²⁸⁴³ Op basis hiervan kan gepleit worden tot meer terughoudendheid ten aanzien van ongerelateerde donoren bij wijze van een strengere psychosociale evaluatie.²⁸⁴⁴

602. Het is interessant om hier ten slotte nog te denken aan het gebruik van ongerelateerde levende donoren teneinde een ketting van gepaarde donaties op te starten. In dergelijke constructie helpt de levende donor als het ware meerdere ontvangers. Daarom suggereren sommigen logischerwijze dat grotere psychologische baten voor de ongerelateerde donor

²⁸³⁹ A. PASCALEV *et al.*, o.c. in F. AMBAGTSHEER en W. WEIMAR (eds.), *The EULOD Project*, 2013, (53) 55 en 64. Zie ook: L.F. ROSS, "Solid organ donation between strangers", *J. L. Med. & Ethics* 2002, vol. 30, (440) 442; P.L. ADAMS *et al.*, "The Nondirected Live-Kidney Donor: Ethical Considerations and Practice Guidelines", *Transplantation* 2002, vol. 74, (582) 585.

²⁸⁴⁰ A.L. SPITAL, "Unrelated Living Donors: Should They Be Used?", *Transpl. Proc.* 1992, vol. 24, (2215) 2215-2216; L.F. ROSS, o.c., *J. L. Med. & Ethics* 2002, vol. 30, (440) 440-441; S.R. ROFF, "Self-interest, self-abnegation and self-esteem: towards a new moral economy of non-directed kidney donation", *J. Med. Ethics* 2007, vol. 33, (437) 440; J.R. RODRIGUE *et al.*, "Altruistic Kidney Donation to a Stranger: Psychosocial and Functional Outcomes at Two US Transplant Centers", *Transplantation* 2011, vol. 91, (772) 775; A. SHARIF, "Unspecified Kidney Donation – A Review of Principles, Practice and Potential", *Transplantation* 2013, vol. 95, (1425) 1427.

²⁸⁴¹ W. ZUIDEMA *et al.*, "Programma voor Samaritaanse nierdonatie in Erasmus MC, 2000-september 2008", *Ned. T. Gen.* 2009, vol. 153, (595) 598; J.R. RODRIGUE *et al.*, o.c., *Transplantation* 2011, vol. 91, (772) 775; L. TIMMERMAN *et al.*, "Psychological Functioning of Unspecified Anonymous Living Kidney Donors Before and After Donation", *Transplantation* 2013, vol. 95, nr. 11, (1369) 1369, 1371 en 1373. Zie ook: D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 473, die vrijwillige toestemming als een waarborg beschouwt.

²⁸⁴² Zie ook: A.S. DAAR, "Strangers, intimates, and altruism in organ donation", *Transplantation* 2002, vol. 74, nr. 3, (424) 425; L. LOPP, Regulations regarding living organ donation in Europe, 2013, 91, 156, 157 en 164.

²⁸⁴³ J. KAHN en A.J. MATAS, "What's special about the ethics of living donors? Reply to Ross *et al.*", *Transplantation* 2002, vol. 74, (421) 421; A. SPITAL, "Justification of living-organ donation requires benefit for the donor that balances the risk: commentary on Ross *et al.*", *Transplantation* 2002, vol. 74, 423-424; GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 140; M.A. DEW *et al.*, o.c. in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2008, (208) 213. Zie evenwel: J. KAHN, "Commentary: making the most of strangers' altruism", *J. L. Med. & Ethics* 2002, vol. 30, (446) 447, die stelt dat dit niet noodzakelijk zo is, aangezien het om iets subjectief gaat. Zie ook: L.F. ROSS *et al.*, "Should all living donors be treated equally?", *Transplantation* 2002, vol. 74, (418) 420, die een minder terughoudende benadering ten aanzien van emotioneel gerelateerde donoren bepleiten wegens hun morele verplichting om te doneren. Zie voor terechte kritiek op de stelling van Ross e.a.: J. KAHN en A.J. MATAS, *Transplantation* 2002, vol. 74, (421) 422; A.S. DAAR, o.c., *Transplantation* 2002, vol. 74, nr. 3, (424) 425, die er onder meer op wijst dat een ongerelateerde donor eveneens een morele verplichting kan ervaren.

²⁸⁴⁴ In die zin: L.F. ROSS, "All donations should not be treated equally: a response to Jeffrey Kahn's commentary", *J. L. Med. & Ethics* 2002, vol. 30, (448) 448; A.J.Z. HENDERSON *et al.*, "The Living Anonymous Kidney Donor: Lunatic or Saint?", *Am. J. Transpl.* 2003, vol. 3, (203) 209; Opinion 2.15 – Transplantation of Organs from Living Donors, AMA Code of Medical Ethics, <http://www.ama-assn.org>; A.J. MATAS, "Nondirected and Controversial Donors" in R.W.G. GRUESSNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, 2008, (57) 59.

verwacht kunnen worden dan wanneer hij slechts één ontvanger zou helpen.²⁸⁴⁵ Er werden echter geen duidelijke data gevonden over de psychosociale impact van dergelijke kettendonatie op ongerelateerde donoren. Behoudens andersluidende resultaten, is het m.i. verdedigbaar om er inderdaad vanuit te gaan dat de ongerelateerde donor in dergelijk geval een beter psychosociale prognose toekomt. Dit gegeven is dus een element dat bijdraagt tot de aanvaardbaarheid van een orgaanwegname bij een ongerelateerde donor.

e. Morele steun

603. Nog een vermeldenswaardige parameter voor de aanvaardbaarheidsbeoordeling is de morele steun die de levende donor geniet. Bij de bespreking van de toestemming van de levende donor werd verdedigd dat orgaandonatie een persoonlijk karakter heeft. Toestemming van bv. de echtgenoot of de familie van de donor is niet vereist.²⁸⁴⁶ Deze stelling moet in het licht van de psychosociale gevolgen voor de levende donor nu worden genuanceerd. Onderzoek toont immers aan dat het gebrek aan morele steun vanuit de naaste omgeving van de donor (m.n. de familie, maar desgevallend ook de artsen) voor en na de orgaanwegname tot psychosociale verwickelingen kan leiden.²⁸⁴⁷ Gebrek aan morele steun kan zich overigens ook vertalen in gebrek aan materiële steun (bv. vervoer van donor naar huis, hulp tijdens herstel). Op basis hiervan kan worden verdedigd dat ook de opvattingen van de naasten van de levende donor en dus hun belangen ook worden betrokken bij de aanvaardbaarheidsafweging.

In de praktijk polst men inderdaad vaak naar dergelijke steun.²⁸⁴⁸ Hoewel de donor uiteindelijk zelf en zonder dwang moet beslissen, is het wegens het belang van morele steun voor de donor dan ook verdedigbaar de donor aan te moedigen om er vooraf over te spreken met zijn naasten.²⁸⁴⁹ Dit is eveneens een argument om in de voorbereidende evaluatie van de donor ook een gesprek in aanwezigheid van een familielid van de donor te voeren.²⁸⁵⁰ De Wet Patiëntenrechten voorziet trouwens expliciet in het recht op een vertrouwenspersoon inzake het verkrijgen van informatie over de gezondheidstoestand en de voorziene tussenkomsten.

3. Gebrek aan kennis over de psychosociale gevolgen

604. Nog meer dan met betrekking tot de lichamelijke gevolgen wordt in de medisch-wetenschappelijke literatuur dikwijls benadrukt dat meer onderzoek naar de psychosociale gevolgen voor levende donoren vereist is.²⁸⁵¹ Er blijkt dus nog wel wat onzekerheid over de psychosociale gevolgen te bestaan. In dit verband moet erop worden gewezen dat de *follow-up*

²⁸⁴⁵ M.A. REES *et al.*, “A Nonsimultaneous, Extended, Altruistic-Donor Chain”, *N. Engl. J. Med.* 2009, vol. 360, (1096) 1100; A.E. ROTH *et al.*, “Utilizing List Exchange and Nondirected Donation through ‘Chain’ Paired Kidney Donations”, *Am. J. Transpl.* 2006, vol. 6, (2694) 2701.

²⁸⁴⁶ Zie *supra* Hoofdstuk III, Afd. 1 van dit Deel.

²⁸⁴⁷ A. VANHERCK *et al.*, o.c., *T. Gen.* 2000, vol. 56, (1617) 1622; Y. ERIM *et al.*, “Sense of coherence and social support predict living liver donors’ emotional stress prior to living-donor liver transplantation”, *Clin. Transplant* 2008, vol. 22, 273-280, die evenwel vooral de nadruk legt op de begrijpelijkheid, handelbaarheid, zinvolheid van het gebeuren voor de donor; A. HUMAR *et al.*, o.c. in R.W.G. GRUESSNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, 2008, (468) 474; A.J. MATAS, o.c. in R.W.G. GRUESSNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, 2008, (57) 61.

²⁸⁴⁸ N. DURIENCKX *et al.*, o.c., *Transpl. Int.* 2014, vol. 27, (2) 11; M.A. DEW *et al.*, o.c. in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2008, (208) 212.

²⁸⁴⁹ L. WRIGHT *et al.*, o.c. in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J.V. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2011, (407) 415; L. LOPP, Regulations regarding living organ donation in Europe, 2013, 175-176.

²⁸⁵⁰ Vgl. A.J. MATAS, o.c. in R.W.G. GRUESSNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, 2008, (57) 61.

²⁸⁵¹ Zie o.a.: M.A. SANNER *et al.*, “Workshop 3. Altruism, Counselling and Psychological Aspects of Living Donation: Recommendations” in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2008, (291) 198; J. VAN GOGH *et al.*, o.c. in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J.V. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2011, (347) 350-351.

van levende donoren²⁸⁵² ook een psychosociale opvolging moet omvatten.²⁸⁵³ Zo kan men de kennis hierover vergroten. Uiteraard vereist ook het belang van de donor zelf een goede psychologische omkadering in geval van negatieve reacties.²⁸⁵⁴ Een van de erkenningsvoorwaarde voor een transplantatiecentrum is dan ook dat het centrum een beroep moet kunnen doen op een psycholoog of een sociaal assistent.²⁸⁵⁵

Hoewel het niet expliciet uit de Orgaantransplantatiewet of haar uitvoeringsbesluiten blijkt, moet logischerwijze worden aangenomen dat het register van levende donoren ook de psychosociale informatie verkregen via *follow-up* moet bevatten, zoals dat voor de lichamelijke informatie het geval is.²⁸⁵⁶

C. Financiële parameters

1. Relevantie van de financiële gevolgen

a. Onrechtstreeks belang

605. Hoe passen de financiële gevolgen in de evenredigheidstoetsing? Noch artikel 3, § 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet, noch de memorie van toelichting bij deze bepaling maken immers expliciet gewag van de financiële gevolgen als parameter voor de onaanvaardbaarheidsbeoordeling. De Europese wetgever maakte in de voorafgaande overweging bij artikel 15 Richtlijn 2010/53/EU nochtans wel melding van de financiële complicaties voor de levende donor, naast o.a. de sociale en psychologische complicaties.²⁸⁵⁷ M.i. moet worden opgemerkt dat de financiële gevolgen in de wetenschappelijke literatuur doorgaans worden ondergebracht bij de psychosociale gevolgen.²⁸⁵⁸ De Nederlandse Gezondheidsraad zag onopgeloste geldzorgen meer bepaald als een psychosociale contra-indicatie.²⁸⁵⁹ Financiële stress werd reeds als een vorm van morbiditeit bestempeld.²⁸⁶⁰ Geld levert doorgaans toch inderdaad een belangrijke bijdrage tot het welzijn van de mens aangezien het een noodzakelijkheid is voor verschillende aspecten van het leven (bv. evenwichtig voedingspatroon, huisvesting en dus privacy, participatie aan sociale activiteiten). Verschillende van deze aspecten hebben ook een weerslag op de lichamelijke toestand. Hierboven werd al uitvoerig aangetoond dat de psychosociale en lichamelijke gevolgen voor de levende donor van aanzienlijk belang zijn voor de aanvaardbaarheid van de orgaanwegneming. Op basis hiervan moet dan ook onrechtstreeks het belang van de financiële gevolgen voor deze aanvaardbaarheid erkend worden.²⁸⁶¹

²⁸⁵² Zie reeds *supra* A.3.b. van deze paragraaf.

²⁸⁵³ Art. 10/20, lid 1 en 3 KB Transplantatiecentra.

²⁸⁵⁴ Advies nr. 11 van 20 december 1999 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 15.

²⁸⁵⁵ Art. 10/1 KB Transplantatiecentra.

²⁸⁵⁶ Zie ook: A. LENNERLING *et al.*, o.c., *Transplant Int.* 2013, vol. 26, (145) 151; M.A. SANNER *et al.*, o.c. in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2008, (291) 197.

²⁸⁵⁷ Considerans 23 Richtlijn 2010/53/EU.

²⁸⁵⁸ Zie o.a.: A. GOEGEBUER *et al.*, "Levertransplantatie via levende donatie bij volwassenen: een literatuuroverzicht", *T. Gen.* 2006, vol. 62, (368) 372; N. DUERINCKX *et al.*, o.c., *Transpl. Int.* 2014, vol. 27, (2) 11; A. LENNERLING, o.c. in R.W.G. GRUESSNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, 2008, (212) 215; A. HUMAR *et al.*, o.c. in R.W.G. GRUESSNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, 2008, (468) 471.

²⁸⁵⁹ GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 110.

²⁸⁶⁰ D.L. RUDOW *et al.*, o.c. in R.W.G. GRUESSNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, 2008, (504) 509.

²⁸⁶¹ In die zin ook: GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 75, waar het opvangen van de financiële risico's als een 'aanvullende voorwaarde' voor de aanvaardbaarheid van nierwegneming bij leven werd beschouwd; G.J. BANKS, "Legal & Ethical Safeguards: Protection of Society's Most Vulnerable Participants in a Commercialized Organ Transplantation System", *Am. J.L. & Med.* 1995, (45) 92; P.D.G. SKEGG, *Law, ethics and medicine: studies in medical law*, Oxford,

b. Financiële baten

606. Evenredigheid vereist dat de baten van de ingreep opwegen tegen de kosten. Financiële baten zouden op het eerste gezicht dus kunnen bijdragen tot de evenredigheid van de orgaanwegname. Onderzoek in Iran, waar levende donatie tegen betaling onder bepaalde voorwaarden mogelijk is, toont echter aan dat betaalde donoren een lagere levenskwaliteit genieten dan onbetaalde donoren en de algemene bevolking.²⁸⁶² Hoewel hier niet meteen een oorzaak voor werd gegeven, werd in het bewuste onderzoek gewag gemaakt van een typisch donorprofiel (arme, werkloze, jonge mensen met laag inkomen), het sociaal stigma dat op de verkoop van organen rust, en ten slotte slechte follow-up (omdat men er onvoldoende is over ingelicht of omdat men het niet kan betalen). Dit laatste kan men enigszins oplossen via donoreducatie en subsidiëring,²⁸⁶³ maar voor het overige blijkt er dus enig gezondheidsrisico te zijn gekoppeld aan financiële baten. In die zin zou het verbod op betaalde donatie uit artikel 4, § 1 Orgaantransplantatiewet²⁸⁶⁴ kunnen worden beschouwd als een derde wettelijke evenredigheidscriterium.

607. Rekening houdende met de *ratio legis* van het commercialiteitsverbod uit artikel 4, § 1 Orgaantransplantatiewet zouden sommige betalingen echter wel aanvaardbaar kunnen worden geacht. De grens tussen aanvaardbare en verboden financiële baten voor de donor wordt bepaald door hun invloed op de beslissing om te doneren. Slechts de baten die bepalend waren voor de donatie ('financiële stimuli') zijn verboden,²⁸⁶⁵ aangezien dan een kwaliteits- en veiligheidsrisico voor de ontvanger bestaat. En het is met name dit risico dat ten grondslag ligt aan het commercialiteitsverbod.²⁸⁶⁶

Weliswaar mag het belang van deze beloning in het raam van de evenredigheidstoetsing niet overschat worden. Als het echter gaat om baten aangeboden aan de donor na transplantatie, dan zullen ze uiteraard geen element kunnen zijn in de aanvaardbaarheidsbeoordeling, die voorafgaand plaatsvindt. Als het daarentegen gaat om baten aangeboden vóór transplantatie, dan zal het transplantatiepersoneel hier misschien niet vanop de hoogte zijn. In dat geval zullen ze evenmin kunnen meespelen in de aanvaardbaarheidsbeoordeling.²⁸⁶⁷

c. Financiële kosten

608. Terwijl de orgaanwegname in principe de donor geen betaling mag opleveren, zal ze echter wel allerlei kosten voor de levende donor meebrengen, zelfs al verloopt de ingreep

Clarendon, 1990, 62-63, die stelt dat financiële baten niet snel zullen opwegen tegen een gezondheidsnadeel zoals dat van nierwegname.

²⁸⁶² M.K. FALLAHZADEH *et al.*, "Comparison of Health Status and Quality of Life of Related Versus Paid Unrelated Living Kidney Donors", *Am. J. Transpl.* 2013, vol. 13, 3210-3214. Zie ook al: S.G. JOWSEY en T.D. SCHNEEKLOTH, *o.c.*, *Transplantation Reviews* 2008, vol. 22, (192) 193; T.R. McCUNE, "Social Issues" in R.W.G. GRUENNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, 2008, (64) 65 en 68; Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 14; N. VAN GELDER, *Naar een commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal?*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nr. 444.

²⁸⁶³ M.K. FALLAHZADEH *et al.*, *o.c.*, *Am. J. Transpl.* 2013, vol. 13, (3210) 3213.

²⁸⁶⁴ Zie reeds *supra* Deel III, Hoofdstuk I, Afd. 2, § 1, A.

²⁸⁶⁵ GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 116. Zie ook in die zin: [Key stake holders meeting on organ donation and transplantation, 19 februari 2008, Brussel, http://ec.europa.eu/health/blood_tissues_organs](http://ec.europa.eu/health/blood_tissues_organs), 2.

²⁸⁶⁶ Zie *supra* Deel III, Hoofdstuk I, Afd. 1, § 2, C.3.b, alsook *supra* Hoofdstuk III, Afd. 4, § 1 van dit Deel.

²⁸⁶⁷ Vgl. GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 115.

succesvol.²⁸⁶⁸ De rechtstreekse kosten betreffen voornamelijk de preoperatieve consultaties en onderzoeken, de operatiekosten, postoperatieve hospitalisatiekosten, medicatiekosten, opvolgingskosten en verplaatsingskosten (van en naar het ziekenhuis). Onrechtstreekse kosten betreffen onder meer inkomstenderving²⁸⁶⁹ en eventuele hulp van derden bij verzorging en huishoudelijke taken tijdens het herstel van de donor. De precieze kosten zullen verschillen van geval tot geval. Indien de orgaanwegname minder succesvol verloopt, dan kunnen deze kosten uiteraard stijgen (bv. langere inkomstenderving, hogere medicatiekosten). Volgens sommigen zou zelfs gevreesd moeten worden voor nadelen op werkvlak (bv. ontslag) of verzekeringsvlak (bv. hogere premie voor een levensverzekering).²⁸⁷⁰

Inzake deze financiële kosten is het onderscheid tussen betaling bij wijze van financiële stimuli enerzijds en betaling bij wijze van onkostenvergoeding anderzijds van groot belang. Terwijl financiële stimuli en voordelen verboden zijn, is overeenkomstig artikel 4, § 2 Orgaantransplantatiewet de loutere vergoeding wél toegelaten, mits ze beperkt blijft tot het vergoeden van de kosten en de inkomstenderving die met de donatie verband houden. De oorspronkelijke versie van artikel 4, § 2 Orgaantransplantatiewet bevatte enkel de mogelijkheid tot vergoeding van de onkosten en inkomstenderving die *rechtstreeks* het gevolg van de orgaanafstand waren. Dit leidde tot onzekerheid over de vergoeding voor kosten door de lange termijn-gevolgen.²⁸⁷¹ Artikel 4, § 2 Orgaantransplantatiewet bepaalt nu dat zowel de rechtstreekse, als onrechtstreekse kosten in verband met de donatie tot vergoeding kunnen leiden.

De vergoeding van de levende donor is een relevante factor in het raam van de evenredigheidsafweging. Hoe groter immers de financiële kosten voor de donor zijn, hoe kleiner de aanvaardbaarheid van de orgaanwegname wordt. Hoe meer deze kosten dus kunnen worden weggewerkt, hoe meer aanvaardbaar de orgaanwegname kan worden. Dit speelt vanzelfsprekend ten voordele van degene die zijn zelfbepalingsrecht wil uitoefenen door orgaandonor te worden. Bovendien tonen buitenlandse ervaringen dat het wegwerken van de financiële barrières tot een grotere donatiebereidheid en dus meer transplantaties leidt.²⁸⁷² De vergoeding van de levende donor speelt bijgevolg ook ten voordele van de directe ontvanger en het algemeen belang (bv. verkorting van wachtlijsten, besparing op dialysekosten).²⁸⁷³ De vergoeding van de levende donor moet dan ook aangemoedigd worden.²⁸⁷⁴

²⁸⁶⁸ Zie voor een overzicht o.a.: GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 114-115; K.S. CLARKE *et al.*, "The direct and indirect economic costs incurred by living kidney donors – a systematic review", *Nephrol. Dial. Transplant.* 2006, vol. 21, 1952-1960.

²⁸⁶⁹ Levende (nier)donoren blijven gemiddeld een vijftal dagen in het ziekenhuis, gevolgd door een herstelperiode van vier tot zes weken (Dossier orgaantransplantatie, MagUZA oktober 2014, 22). Gedurende die tijd zullen ze in principe niet kunnen werken.

²⁸⁷⁰ Vgl.: W. DREESSEN, *o.c.*, *Jura Falc.* 1984-85, (500) 524-525; J. MATTHIJS, *o.c.*, *RW* 1971-72, (161) 170; OPTN Policy 14.3.A.i., www.optn.transplant.hrsa.gov.

²⁸⁷¹ Zie: Verslag HANQUET, *Parl. St. Senaat* 1984-85, nr. 832-2, 12 (1 à 2 jaar na orgaanwegname versus 10 jaar na orgaanwegname?); H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, Mechelen, Kluwer, 2005, 514; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, Brussel, Services fédéraux des affaires scientifiques, techniques et culturelles, 1996, 86; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Brussel, Larcier, 2010, 733, die een ruime interpretatie bepleitte om orgaandonatie niet te ontmoedigen.

²⁸⁷² J.E.M. AKVELD, "Juridische aspecten van orgaantransplantatie" in H.A.M.J. TEN HAVE, D.P. ENGBERTS en L.E. KALKMAN-BOGERD (eds.), *Ethiek en recht in de gezondheidszorg*, Deventer, Kluwer, 2007, losbl., XXIII, (203) 205; G.M. DANOVIČH, "The Promotion of Living Kidney Donation: Lessons for and from the United States" in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J.V. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2011, (391) 393. Zie ook: A.-C. SQUIFFLET, "Le droit face à la pénurie d'organes: quels apports pour quelle efficacité?", *Ann. dr. Louvain* 2011, (357) 370. *Contra* in de VS: F. BILGEL, *The law and economics of organ procurement*, Cambridge, Intersentia, 2011, 101 en 103-104, die dit weliswaar wijt aan het feit dat de vergoeding voor een té beperkte groep donoren werd voorzien.

²⁸⁷³ Zie verder *infra* § 3 van deze Afdeling.

²⁸⁷⁴ Zie ook: Advies van 27 april 2013 over verzekeringen, medische kosten en werkonbekwaamheid inzake levende donoren, *Jaarboek en Verslagen van de Koninklijke Academie voor Geneeskunde van België* 2013, 75.

Hierna zal worden onderzocht hoe de levende donor nu juist een vergoeding zal kunnen krijgen. Achtereenvolgens komen aan bod: vergoedingsovereenkomsten (*infra* 2), de vergoeding op basis van de burgerrechtelijke aansprakelijkheidsregels (*infra* 3), de vergoeding op basis van de nationale solidariteit (*infra* 4) en tot slot de bescherming tegen enkele specifieke kosten (*infra* 5).

2. Vergoedingsovereenkomsten

609. B. Sluyters hield het voor mogelijk dat de levende donor vooraf een overeenkomst zou aangaan met de ontvanger (of zijn familie) opdat deze laatste de kosten van de verzorging van de donor zou vergoeden.²⁸⁷⁵ De financiële kosten van orgaanwegname zouden zo via een privé-initiatief opgevangen worden, wat enigszins kan bijdragen tot de aanvaardbaarheid van deze ingreep ten aanzien van de donor.

Artikel 4, § 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet bepaalt dat noch de donor, noch zijn nabestaanden enig recht mogen doen gelden ten aanzien van de ontvanger. *Prima facie* lijkt dit verbod ook te slaan op rechten die de donor op basis van een overeenkomst ten aanzien van de ontvanger zou kunnen laten gelden. Niettemin moet deze bepaling geïnterpreteerd worden in het licht van artikel 4, § 2 Orgaantransplantatiewet, dat vergoeding geoorloofd acht. Artikel 4, § 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet zou dus enkel betrekking hebben op een vermeend recht tot betaling i.t.t. tot loutere vergoeding. De wetgever zou dan ook best deze bepaling in die zin verduidelijken.

610. Opdat een overeenkomst geldig is naar Belgisch recht moet in het algemeen voldaan zijn aan vier voorwaarden: toestemming, bekwaamheid om te contracteren, een bepaald voorwerp en een geoorloofde oorzaak (art. 1108 BW).

De toestemmingsvoorwaarde lijkt geen bijzondere problemen op te leveren. Weliswaar kan er sprake zijn van financiële dwang om te doneren of van wilsonbekwaamheid (bv. minderjarigen zonder onderscheidingsvermogen), zodat de toestemming niet geldig zal zijn. Maar dit zal zeker niet altijd het geval zijn.

Wat betreft de bekwaamheid geldt dat minderjarigen en onbekwaamverklaarden in principe geen overeenkomsten kunnen aangaan (art. 1124 BW). Maar dit belet niet dat de ouder/voogd of de bewindvoerder van de minderjarige of onbekwame meerderjarige ontvanger zich ertoe verbindt de donor te zullen vergoeden voor de kosten.

Verder zal de overeenkomst een voorwerp hebben: de ontvanger verbindt zich er toe een vergoeding te betalen aan de levende donor. Deze vergoeding zal desgevallend nog niet (volledig) bepaald zijn, want afhankelijk van onzekere, toekomstige uitgaven. Ook dit is geen probleem. De hoeveelheid van het voorwerp van de verbintenis mag immers onzeker zijn, zolang de hoeveelheid nader bepaald zal kunnen worden (art. 1129, lid 2 BW). Het voorwerp moet niet enkel bepaald, maar ook geoorloofd zijn. Ook dit vereiste stelt geen probleem zolang het een vergoeding in de ware zin van het woord is, en geen winst.²⁸⁷⁶ De levende donor zal zich van zijn kant er echter niet toe verbinden te doneren. Een verbintenis tot het wegnemen

²⁸⁷⁵ B. SLUYTERS, *o.c.* in J.M. GREEP (ed.), *Orgaantransplantatie*, 1970, (361) 390. Deze vraag werd eveneens gesteld in: J. MATTHIJS, *o.c.*, *RW* 1971-72, (161) 170. Schijnbaar ook: R. MUNSON, *o.c.* in B. STEINBOCK (ed.), *The Oxford handbook of bioethics*, 2007, (211) 229-230 en 236.

²⁸⁷⁶ *Contra*: J. MATTHIJS, *o.c.*, *RW* 1971-72, (161) 171, die stelt dat een contractuele schadeloosstelling strijdig is met het extra-patrimoniale kenmerk van het recht op het lichaam en met de goede zeden. In het licht van artikel 4, § 2 Orgaantransplantatiewet kan deze stelling duidelijk niet meer gevolgd worden.

van een orgaan is juridisch immers niet mogelijk. Uiteindelijk zou het dus gaan om een eenzijdige overeenkomst.

De oorzaak van de overeenkomst kan ten slotte gevonden worden in de wens om de financiële risico's voor de donor te beperken. Zowel de oorzaak, als het voorwerp moeten geoorloofd zijn; dat wil zeggen niet in strijd met de wet, de goede zeden of de openbare orde (art. 6 en 1133 BW). Aangezien de Orgaantransplantatiewet uitdrukkelijk toelaat dat de levende donor een vergoeding zou ontvangen (art. 4, § 2, lid 1 Orgaantransplantatiewet), zal ook deze contractvoorwaarde niet noodzakelijk een probleem opleveren. Slechts het deel van het overeengekomen bedrag dat de loutere kostenvergoeding te boven gaat, zal op basis van artikel 4, § 1 en 2 Orgaantransplantatiewet ongeoorloofd en dus nietig zijn. De donor zal dit deel van het bedrag dan moeten teruggeven aan de ontvanger. Volgens de Nederlandse wetgever zou ook de donor in dat geval recht hebben op teruggave van zijn prestatie ten belope van het deel waarvoor de nietigheid geldt. Aangezien deze prestatie het doneren van een orgaan was en de ontvanger niet tot teruggave *in natura* kan worden verplicht, zou de donor recht hebben op een vergoeding *ex aequo et bono*.²⁸⁷⁷ Deze redenering, gebaseerd op de rechtsfiguur van de 'onverschuldigde betaling', leidt echter tot een eigenaardig resultaat. De donor zou immers alsnog een betaling ontvangen bovenop de vergoeding van zijn kosten. Naar Belgisch recht zou deze oplossing niet aanvaard kunnen worden. Ze zou ingaan tegen artikel 4, § 1 en 2 Orgaantransplantatiewet, aangezien de donor zo *de facto* betaald zou worden. Bovendien zou het gaan om een eenzijdige overeenkomst: de donor was niet gehouden tot presteren bij wijze van orgaandonatie. Logischerwijze heeft de nietigheid dus geen betrekking op de donatie en heeft de donor dan geenszins een recht om een deel van zijn prestatie/orgaan terug te vorderen.

611. Ondanks de juridische geldigheid van een vergoedingsovereenkomst tussen donor en ontvanger is deze beleidsmatig niet de meest wenselijke manier van kostenvergoeding voor levende donoren.²⁸⁷⁸ Allereerst zal de afdwingbaarheid van dergelijke verbintenissen problematisch zijn indien de levende donor anoniem is.

Bovendien is het ontstaan van dergelijke vergoedingsverbintenissen volledig afhankelijk van de bereidheid van de ontvanger (toestemmingsvoorwaarde). De kosten zouden wel eens te hoog kunnen zijn opdat de ontvanger deze zou willen of kunnen dragen.

Mogelijk zal men in de praktijk ook niet op de hoogte zijn van de geoorloofdheid van zo'n overeenkomst, maar veeleer iedere betaling beschouwen als strijdig met het commercialiteitsverbod. Het verbaast dan ook niet dat er geen aanwijzingen zijn van het bestaan van dergelijke overeenkomsten in de Belgische praktijk.

Ten slotte kan ook gevreesd worden voor een *slippery slope*. Een mentaliteit van vergoedingsovereenkomsten tussen donor en ontvanger brengt hen dichterbij commercialiteit. De grens tussen ongeoorloofde betaling en geoorloofde vergoeding is niet steeds eenvoudig te controleren.

3. De vergoeding op basis van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid

612. De burgerrechtelijke aansprakelijkheid is een juridische techniek die toelaat een schadelast te verplaatsen van de ene naar de andere partij. Deze techniek kan van belang zijn voor de schadelijder zelf, maar ook voor de verzekeraar die de schadelijder heeft vergoed en

²⁸⁷⁷ Memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, 22.358, nr. 3, 39.

²⁸⁷⁸ Vgl. ook B. SLUYTERS, o.c. in J.M. GREEP (ed.), *Orgaantransplantatie*, 1970, (361) 391.

werd gesubrogeerd in diens rechten. Het verbod op orgaandonatie tegen betaling (art. 4, § 1 Orgaantransplantatiewet) verhindert alvast niet dat de donor overeenkomstig het aansprakelijkheidsrecht aanspraak kan maken op schadevergoeding. Deze vergoeding houdt geen winst in en brengt dan ook geen risico's voor de ontvanger mee; wel baten.²⁸⁷⁹

Het voordeel voor de donor ten opzichte van een vergoeding via overeenkomst is dat aansprakelijkheid buiten de wil van de schuldenaar om kan ontstaan. Bovendien zal de vergoeding niet enkel tussen donor en ontvanger geregeld worden, maar komt er een controle van een derde (rechter of verzekeraar) aan te pas. Dit vermindert het risico op commerciële praktijken. Weliswaar zal aansprakelijkheid niet steeds vanzelfsprekend zijn. Dit wordt hierna geïllustreerd met een vijftal concrete aansprakelijkheidskwesties.

a. De uitvoering van orgaanwegneming

613. Contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheid kan (onder meer) ontstaan op basis van een fout die werd begaan door de aansprakelijke zelf, dan wel door een persoon waarvoor de aansprakelijke instaat.²⁸⁸⁰ De aansprakelijke zal verplicht zijn tot de vergoeding van alle schade die in oorzakelijk verband staat met de fout.

Onder schade verstaat men doorgaans de negatieve uitkomst van de vergelijking tussen de actuele toestand waarin de schadelijder zich bevindt na het schadegeval en de hypothetische toestand waarin de schadelijder zou zijn gebleven wanneer het schadegeval niet had plaatsgevonden.²⁸⁸¹ De psychosociale voordelen die de donor ten gevolge van een orgaanwegneming ondervindt, zullen uiteraard geen (morele) schade uitmaken. De inherente nadelen van orgaanwegneming voor de donor (bv. inkomstenderving, medische kosten) kunnen zonder twijfel wel als schade beschouwd worden. Indien deze nadelen evenwel reeds werden vergoed via een andere weg dan aansprakelijkheid, dan zullen ze niet langer een schadepost uitmaken. Zo ook zal de *follow-up* na orgaanwegneming geen schadepost van de donor zijn, nu deze opvolging kosteloos door de transplantatiecentra wordt aangeboden.²⁸⁸²

Krachtens de in België gehuldigde equivalentie-leer volstaat het dat de schade zich zonder de fout met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid niet zou hebben voorgedaan zoals ze zich *in concreto* heeft gerealiseerd (*conditio sine qua non*-verband); het maakt daarbij niet uit of de schade rechtstreeks, dan wel onrechtstreeks uit de fout voortvloeit.²⁸⁸³ Te denken valt bv. aan een nierdonor die na verloop van tijd zelf aan nierfalen lijdt en hierdoor o.a. medische kosten moet maken. Uiteraard zal dergelijke lange termijn-schade slechts voor vergoeding in aanmerking komen indien de aansprakelijkheidsvordering nog niet is verjaard (zie art. 2262bis BW).

²⁸⁷⁹ Zie ook al *supra* Deel III, Hoofdstuk I, Afd. 2, § 1, A.1.b. De toekenning van zogenaamde '*punitive damages*' gaat de geleden schade te boven, zodat niet langer van een loutere vergoeding kan worden gesproken. In België worden deze '*punitive damages*' echter niet aanvaard.

²⁸⁸⁰ De contractuele en buitencontractuele fout verschillen nagenoeg niet van elkaar. Zie: T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 88. Wat betreft de aansprakelijkheid voor fouten van andere personen kan *in casu* met name gedacht worden aan de contractuele aansprakelijkheid voor hulppersonen of de buitencontractuele aansprakelijkheid voor aangestelden (art. 1384, lid 3 BW). Zie in dit verband ook de centrale aansprakelijkheid van het ziekenhuis overeenkomstig art. 30 Ziekenhuiswet.

²⁸⁸¹ De omvang van de vergoedbare schade is beperkter bij contractuele aansprakelijkheid (*cf.* art. 1150 BW), ofschoon dit slechts in beperkte mate zal verschillen van de buitencontractuele aansprakelijkheid. Zie: T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 89 en 633.

²⁸⁸² Art. 10/20, lid 3 KB Transplantatiecentra.

²⁸⁸³ T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 765, 775 en 791.

614. Het is duidelijk dat een orgaanwegname *in se* een bron van schade is. De donor zal voor deze schade via aansprakelijkheid vergoeding kunnen krijgen indien de orgaanwegname is veroorzaakt door een fout.

Eenzijds kan gedacht worden aan fouten die verstorend werken ten aanzien van de beslissing van de donor om de orgaanwegname te laten uitvoeren. Het voornaamste voorbeeld is de gebrekkige informatieverstrekking. De wegnemende arts is overeenkomstig artikel 9, lid 2 Orgaantransplantatiewet informatieplichtig jegens de donor. Indien de arts bepaalde relevante informatie niet of incorrect meedeelt, dan begaat hij een fout. Deze fout staat in causaal verband met de orgaanwegname indien de donor zonder deze informatiefout niet zou hebben toegestemd tot orgaanwegname.²⁸⁸⁴ Indien de donor dit alles bewijst, dan ontstaat er een aansprakelijkheid voor orgaanwegname en heeft de donor ten aanzien van de aansprakelijke partij (de wegnemende arts zelfs en/of het ziekenhuis dat deze arts als hulppersoon inschakelde) recht op vergoeding van alle kosten ten gevolge van de orgaanwegname, zelfs al traden hierbij geen complicaties op.²⁸⁸⁵

Anderzijds kan gedacht worden aan fouten die verstorend werken ten aanzien van de beslissing van het medisch team om de orgaanwegname uit te voeren. Overeenkomstig artikel 9, lid 2 KB Transplantatiecentra staat de arts die de leiding heeft over het transplantatiecoördinatieteam, in voor de selectie van donoren. Ook de wegnemende arts en de deelnemers aan het multidisciplinair overleg dragen hierbij een verantwoordelijkheid (art. 8*bis* en art. 6 *iuncto* 9, lid 1 Orgaantransplantatiewet).²⁸⁸⁶ Indien zij de levende donor aanvaarden in strijd met de evenredigheidsvereisten van artikel 3, § 1, lid 2 en artikel 6 Orgaantransplantatiewet, dan begaan zij een fout. Deze fout staat in causaal verband met de orgaanwegname, indien een zorgvuldige selectie zou hebben geleid tot de afwijzing van de kandidaat-donor.²⁸⁸⁷ Indien de donor dit alles bewijst, dan heeft hij ten aanzien van de aansprakelijke partij (de leidinggevende arts van het transplantatiecoördinatieteam en/of de wegnemende arts en/of de deelnemers aan het multidisciplinair overleg en/of het ziekenhuis dat hen als hulppersoon inschakelde) wederom recht op vergoeding van alle kosten ten gevolge van de orgaanwegname.²⁸⁸⁸

615. De aansprakelijkheid voor fouten die de uitvoering van de orgaanwegname hebben veroorzaakt, moet onderscheiden worden van de aansprakelijkheid voor fouten bij de uitvoering van deze orgaanwegname zelf. Dit verschil is van belang voor de omvang van de vergoedingsverbintenis van de aansprakelijke. Een fout leidt slechts tot aansprakelijkheid voor de schade die door deze fout werd veroorzaakt. Schade staat slechts in oorzakelijk verband met de fout indien ze zich zonder de fout niet zou hebben voorgedaan zoals ze zich *in concreto* heeft gerealiseerd (*conditio sine qua non*-verband). Een fout in de uitvoering van de orgaanwegname zal dan ook enkel aanleiding kunnen geven tot vergoeding van de schade die

²⁸⁸⁴ Zie: T. VANSWEEVELT en S. TACK, “Het recht op gezondheidstoestandinformatie en geïnformeerde toestemming” in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (331) 418.

²⁸⁸⁵ Vgl. *Montalto v. Stoff*, 2007 WL 3013204 (Mass.Super.), waar de mogelijkheid tot aansprakelijkheid wegens foutieve informatieverstrekking over de nood aan transplantatie bij de ontvanger werd erkend, zelfs al was de wegneming op zich correct verlopen.

²⁸⁸⁶ Zie uitgebreider *infra* Afd. 3 van dit Hoofdstuk.

²⁸⁸⁷ Zie over de aanvaarding van de theorie van het rechtmatig alternatief als causaliteitstheorie: T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 778-779.

²⁸⁸⁸ Vgl. *XYZ v. Portsmouth Hospitals NHS Trust*, [2011] EWHC 243 (QB), waar op basis van onder meer nalatigheid bij het adviseren over het al dan niet ondergaan van een nierwegname voor transplantatiedoeleinden een vergoeding werd toegekend voor de schade ten gevolge van nierfalen na de nierwegname; K. McK. NORRIE, “Human tissue transplants: legal liability in different jurisdictions”, *Int. & Comp. L.Q.* 1985, (442) 447 en 448.

niet inherent is aan een normale orgaanwegneming. De aansprakelijke zal bv. slechts vergoeding voor inkomstenderving verschuldigd zijn voor zover deze derving voortvloeit uit de arbeidsongeschiktheid die de normale arbeidsongeschiktheid na orgaanwegneming te boven gaat. Een fout die de uitvoering van de orgaanwegneming als zodanig heeft veroorzaakt, zal daarentegen wel tot vergoeding van de inherente schade aanleiding kunnen geven. Zonder die fout zou immers de orgaanwegneming in haar geheel niet hebben plaatsgevonden.

Volgens J.F. Rang moet de uitvoering van de orgaanwegneming worden gezien als een resultaatsverbintenis. Hij meent immers dat het gaat om een medisch-technische handeling die, indien zorgvuldig uitgevoerd, gegarandeerd kan worden, nu de mogelijke risico's voorzienbaar zijn dankzij voorafgaand onderzoek van de donor.²⁸⁸⁹ De kwalificatie als resultaatsverbintenis heeft voor de donor het voordeel dat hij slechts moet aantonen dat het resultaat (*in casu* goed functioneren van de donor na orgaanwegneming) niet is bereikt opdat een schadevergoeding kan worden verkregen.

De stelling van Rang kan echter niet worden bijgetreden. Naar Belgisch recht moet de kwalificatie als resultaatsverbintenis voortvloeien uit de gemeenschappelijke wil van de partijen (*in casu* de arts of het ziekenhuis en de levende donor), die bij stilzwijgen kan worden afgeleid uit het gebrek aan aleatorisch karakter van het beoogde resultaat. Zoals de meeste chirurgische ingrepen is de orgaanwegneming een ingreep met aleatorisch karakter. Zelfs mits een zorgvuldige uitvoering kan een risicovrij resultaat niet gegarandeerd worden. De orgaanwegneming betreft in principe dan ook slechts een inspanningsverbintenis. Dit betekent dat de donor het bestaan van een fout moet bewijzen om via contractuele aansprakelijkheid vergoeding te krijgen.

b. De reddende donor-vordering

616. De Amerikaanse rechtspraak heeft zich al meermaals moeten uitspreken over de vraag of een levende orgaandonor de arts kan aanspreken tot schadevergoeding wanneer de fout van die arts de *nood aan transplantatie* heeft veroorzaakt, niettegenstaande er verder noch bij de wegneming, noch bij de transplantatie zelf een fout werd begaan. De oorzaak van dergelijke vordering ligt m.a.w. in het feit dat de donor door de fout van de arts de rol van 'redder' ten aanzien van de ontvanger opnam. Men spreekt dan ook wel eens van de '*rescue cases*'.²⁸⁹⁰

De *leading case* inzake deze 'reddende donor-vorderingen' is de zaak *Sirianni v. Anna*.²⁸⁹¹ Tijdens een chirurgische ingreep verwijderden artsen foutief al het nierweefsel van Carl Sirianni. Gedurende enige tijd kon Carl Sirianni in leven worden gehouden via een kunstnier, maar een niertransplantatie was noodzakelijk opdat hij zou kunnen overleven. Na de nodige onderzoeken bleek zijn moeder, Katherine Sirianni, een geschikte nierdonor te zijn. Aldus stond zij één van haar nieren af aan haar zoon. Zowel de nierwegneming bij de donor, als de niertransplantatie bij de ontvanger verliepen succesvol. Na afloop stelde Katherine Sirianni niettemin een aansprakelijkheidsvordering in tegen de artsen die foutief het nierweefsel van Carl Sirianni hadden weggenomen. Ze eiste schadevergoeding voor het feit dat haar gezondheid zou zijn benadeeld door het verlies van één van haar nieren. De rechter weigerde

²⁸⁸⁹ J.F. RANG, *o.c.*, TvGR 1979, (14) 19-20.

²⁸⁹⁰ D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 232.

²⁸⁹¹ *Sirianni v. Anna* (1967), 55 Misc.2d 553.

echter het bestaan van dergelijke vordering te erkennen. Deze beslissing werd door andere rechters in latere gelijkaardige zaken stevast gevolgd.²⁸⁹²

617. De afwijzing van reddende donor-vorderingen in de Amerikaanse rechtspraak berust op twee argumenten. Een eerste argument vertoont een gelijkenis met de Belgische rechtsfiguur van de risicoaanvaarding. De rechter in de zaak *Sirianni* beklemtoonde dat de levende donor geheel vrijwillig, doelbewust en met volledige kennis van zaken een nier had afgestaan, zodat de *rescue doctrine*²⁸⁹³ niet van toepassing was.²⁸⁹⁴ Hiermee werd impliciet verwezen naar de theorie van *assumption of risk*, waartegen de *rescue doctrine* een verweer vormt.²⁸⁹⁵

Ook in België kan op basis van de schadevergoeding worden ontzegd aan schadelijders die zich vrijwillig in een gevaarlijke situatie begeven. Quasi unaniem wordt aanvaard dat de grondslag van deze rechtsfiguur gelegen is in het foutbegrip uit artikel 1382 BW en een toepassing vormt van de eigen fout van het slachtoffer.²⁸⁹⁶ Om zich te verweren tegen een reddende donor-vordering via de risicoaanvaarding zou de arts dus moeten aantonen dat de donor door te doneren de algemene zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden. Het kan echter bezwaarlijk worden aanvaard dat iedere donor een fout begaat door een orgaan te laten wegnemen in het raam van een orgaantransplantatie. Voor zover de wegneming binnen de wettelijke grenzen van de evenredigheid blijft, mag de donor zijn zelfbepalingsrecht uitoefenen ten behoeve van de orgaanontvanger. Dit dient het belang van de donor (m.n. psychosociale baten),²⁸⁹⁷ van de ontvanger (m.n. genezing) en van de samenleving (m.n. verkorting van wachtlijsten en besparing van dialysekosten)²⁸⁹⁸ Aldus kan gezegd worden dat donatie niet in strijd is met de algemene zorgvuldigheidsnorm, d.w.z. met wat een normaal, voorzichtig persoon geplaatst in dezelfde omstandigheden zou doen.

In gelijkaardige zin argumenteerde M. Kusanovich al dat *assumption of risk* twijfelachtig is, nu de donor geen redelijk alternatief heeft; dialyse is immers duur en staat gelijk aan een slechte levenskwaliteit.²⁸⁹⁹ Deze auteur sprak zelfs van een vorm van dwang. Indien er echter werkelijk sprake is van dwang, dan zal de toestemming van de donor niet geldig zijn en zal de orgaanwegneming in principe ongeoorloofd zijn.²⁹⁰⁰ De donor zou de arts hiervoor buiten de reddende donor-vordering aansprakelijk kunnen stellen.

²⁸⁹² Zie: *Moore v. Shah* (1982), 90 A.D.2d 389 (foutieve diagnose leidt tot nierfalen; kind van de patiënt doneert een nier); *Petersen v. Farberman*, 736 S.W.2d 443 (Mo.App. 1987) (foutieve diagnose en gebrek aan behandeling van nierfalen leidt tot nood aan niertransplantatie; moeder van de patiënt doneert een nier); *Hiles v. Steinbrink* (1991), 9 Pa. D. & C.4th 109 (behandelingsfout tijdens zwangerschap leidt tot geboorte van een kind met defecte nieren; vader van de patiënt doneert een nier); *Dabdoub v. Ochsner Clinic*, 802 So.2d 651 (La.App. 5 Cir. 2000) (behandelingsfout leidt tot nood aan niertransplantatie; vader van de patiënte doneert een nier); *Pelzer v. The Lockformer Company*, 2005 WL 1651729 (N.D.Ill.) (blootstelling aan een industriële substantie leidt beweerdelijk tot nierziekte; zus van de patiënt doneert een nier). *Contra*: *Urbanski v. Patel* (1978), 84 D.L.R. (3d) 650 (behandelingsfout waarbij verkeerdelijk de enigste nier werd weggenomen; vader van patiënt doneert nier); *Tice v. Pennington*, 30 P.3d 1164 (Okla.Civ.App. Div. 2 2001) (transplantatie van incompatibele lijknier leidt tot afstoting en de nood aan een nieuw transplantaat; moeder van de patiënt doneert nier).

²⁸⁹³ Degene die een persoon in dreigend en ernstig gevaar ten gevolge van de fout van een ander aantreft, kan geen eigen fout of risicoaanvaarding verweten worden door zijn eigen leven of ernstige schade te riskeren in een poging tot het redden van die persoon, op voorwaarde dat de reddingspoging niet roekeloos is. Hij zal de schadeverwekker aansprakelijk kunnen stellen. Zie: M. KUSANOVICH, *o.c.*, *U.S.F. L. Rev.* 1970-71, (223) 256 en 260.

²⁸⁹⁴ *Sirianni v. Anna* (1967), 55 Misc.2d 553. Zie ook: *Petersen v. Farberman*, 736 S.W.2d 443 (Mo.App. 1987); *Dabdoub v. Ochsner Clinic*, 802 So.2d 651 (La.App. 5 Cir. 2000).

²⁸⁹⁵ M. KUSANOVICH, "Medical Malpractice Liability and the Organ Transplant", *U.S.F. L. Rev.* 1970-71, (223) 258 en 259.

²⁸⁹⁶ T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 170-172.

²⁸⁹⁷ Zie *supra* B van deze paragraaf.

²⁸⁹⁸ Zie *infra* § 3, B van deze Afdeling.

²⁸⁹⁹ M. KUSANOVICH, *o.c.*, *U.S.F. L. Rev.* 1970-71, (223) 259-260.

²⁹⁰⁰ Zie uitvoering *supra* Hoofdstuk III, Afd. 3, § 2 van dit Deel.

618. Het tweede en voornaamste argument tegen reddende donor-vorderingen betreft het vereiste van oorzakelijk verband tussen fout en schade. Zo stelde de rechter in de zaak *Sirianni* dat de donatie een voorbedachte, doelbewuste handeling met volledige kennis van zaken was en als zodanig onafhankelijk stond van de foutieve nalatigheid van de verweerders-artsen.²⁹⁰¹ Er werd m.a.w. geoordeeld dat het vrijwillige karakter van de donatie het causaal verband tussen fout en schade verbrak.²⁹⁰² In de zaak *Moore v. Shah* werd aan deze rechtspraak een beleidsoverweging toegevoegd. Het uitbreiden van de aansprakelijkheid van de arts naar iedere persoon die mogelijk als orgaandonor naar voren treedt, zou leiden tot “*a group beyond manageable limits*”.²⁹⁰³

In deze Amerikaanse *rescue cases* werd telkens uitgegaan van een causaliteitsleer die zich beperkt tot de ‘voorzienbare’ schadegevallen.²⁹⁰⁴ In België wordt daarentegen een ruimere causaliteitsleer gehuldigd, namelijk de equivalentieleer. Zoals al gezegd, volstaat het hierbij dat de fout in een *conditio sine qua non*-verband staat, ongeacht of dit verband nu rechtstreeks, dan wel onrechtstreeks is.²⁹⁰⁵ Bovendien maakt het niet uit of er in dit verband een vrijwillige beslissing van de schadelijder tussenkwam.²⁹⁰⁶ Zo werd bv. al aanvaard dat degene die het slachtoffer neerschoot, aansprakelijk is voor de schade uit de transfusie van HIV-besmet bloed naar aanleiding van de behandeling van de schotwonde.²⁹⁰⁷ Zo ook is de equivalentieleer ruim genoeg voor het aanvaarden van een causaal verband tussen de fout van de arts in het creëren van de nood aan transplantatie en de schade van de levende donor ingevolge het laten wegnemen van een orgaan ten behoeve van deze transplantatie. Zonder de fout van de arts zou de donor deze orgaanwegneming niet zijn ondergaan zoals dit *in concreto* gebeurde. De fout vertoont een voldoende zeker causaal verband met de orgaanwegneming; ze is geen loutere ‘aanleiding’.²⁹⁰⁸ De Belgische causaliteitsleer is duidelijk de meest slachtoffervriendelijke causaliteitsbenadering.²⁹⁰⁹ Deze slachtoffervriendelijkheid is *in casu* bijzonder wenselijk. Ze helpt de financiële nadelen van orgaanwegneming te beperken, wat bijdraagt tot de geoorloofdheid van deze ingreep. Ze zal ook een stimulerend effect kunnen hebben op potentiële donoren, die dankzij deze aansprakelijkheidswaarborg sneller tot donatie zullen overgaan. Dit komt uiteraard de ontvanger en de samenleving ten goede.

In België speelt de voorzienbaarheid van schade wel een rol op het vlak van de foutbeoordeling. Er wordt aanvaard dat de schadeverwekker het ontstaan van enige schade, ongeacht het bestaan en de omvang van de daadwerkelijke schade, moest kunnen voorzien opdat zijn gedrag als onzorgvuldig kan worden beschouwd.²⁹¹⁰ Voor een reddende donor-vordering zal dit m.i. normaal geen probleem opleveren. Hier kan aansluiting worden gezocht bij de uitspraak in de Canadese zaak *Urbanski v. Patel*, waar de reddende donor-vordering wél

²⁹⁰¹ *Sirianni v. Anna* (1967), 55 Misc.2d 553. Zie ook: *Dabdoub v. Ochsner Clinic*, 802 So.2d 651 (La.App. 5 Cir. 2000).

²⁹⁰² M. KUSANOVICH, o.c., *U.S.F. L. Rev.* 1970-71, (223) 258. Zie ook: W. DREESSEN, o.c., *Jura Falc.* 1984-85, (500) 525.

²⁹⁰³ *Moore v. Shah* (1982), 90 A.D.2d 389. Zie ook: *Hiles v. Steinbrink* (1991), 9 Pa. D. & C.4th 109; *Dabdoub v. Ochsner Clinic*, 802 So.2d 651 (La.App. 5 Cir. 2000).

²⁹⁰⁴ Zie met name: *Sirianni v. Anna* (1967), 55 Misc.2d 553; *Moore v. Shah* (1982), 90 A.D.2d 389; *Hiles v. Steinbrink* (1991), 9 Pa. D. & C.4th 109.

²⁹⁰⁵ T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 765, 775 en 791.

²⁹⁰⁶ T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 792.

²⁹⁰⁷ Gent 24 april 1998, *T. Gez.* 1999-00, 57, noot J. TER HEERDT. *Contra*: Brussel 4 mei 1994, *RGAR* 1996, nr. 12.671, met afkeurende noot R.O.D.

²⁹⁰⁸ Zie over het verschil tussen oorzaak en aanleiding: T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 795-799.

²⁹⁰⁹ T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 766.

²⁹¹⁰ T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 135; J. TER HEERDT, “Aansprakelijkheid bij hiv-besmetting: IPR- en causaliteitsproblemen”, (noot onder Gent 24 april 1998), *T. Gez.* 1999-00, (63) 65-66 en 67. Zie ook: art. 1150 BW.

werd toegekend. Volgens de Canadese rechter heeft de transplantatiegeneeskunde zich ondertussen zodanig ontwikkeld dat in geval van nierfalen een nierdonatie door een familielid geheel voorzienbaar zou zijn.²⁹¹¹ Bijgevolg kreeg de donor een recht op vergoeding van de medische kosten (1.906, 26 CAD), de operatie, het verlies van de nier en het postoperatieve herstel (5.000 CAD), het inkomstenverlies (3.500 CAD) en de verplaatsingskosten (150 CAD).

c. Mislukte orgaantransplantatie

619. De Amerikaanse rechtspraak werd ook al enkele keren geconfronteerd met de vraag of een levende donor schadevergoeding kan vorderen van de arts die door zijn fout de transplantatie van het donororgaan doet mislukken, niettegenstaande de orgaanwegneming zelf zorgvuldig geschiedde en de nood aan transplantatie niet door een voorafgaande fout was gecreëerd. Enkel in de zaak *Siebe v. University of Cincinnati* werd dergelijke aansprakelijkheidsvordering tot nu toe aanvaard.²⁹¹² Wegens terminaal nierfalen had Donna Siebe nood aan een niertransplantatie. Haar broer, Charles Smithers, bleek geschikt als nierdonor en stond dan ook een nier aan zijn zus af. De inplantingsoperatie verliep voorspoedig, maar ingevolge een foutief geplaatste katheter overleed Donna Siebe diezelfde dag nog. De rechter willigde de persoonlijke vordering van Smithers tot vergoeding van het functieverlies van zijn linkernier in.

620. De rechter in de zaak *Siebe* baseerde zijn uitspraak op twee overwegingen. Allereerst nam hij aan dat de donor het toestemmingsformulier had ondertekend onder voorwaarde dat het ziekenhuis haar verplichtingen op een niet-foutieve manier zou vervullen. Deze overweging is op zich bezwaarlijk voldoende om een vergoedingsplicht van het ziekenhuis te vestigen. De voorwaarde waaronder toestemming tot orgaanwegneming werd gegeven veronderstelt immers dat een fout wordt aangetoond.

Dit zou anders zijn indien het ziekenhuis een resultaatsverbintenis tot een succesvolle transplantatie zou zijn aangegaan. Het loutere feit van een mislukte transplantatie zou dan voldoende zijn om als contractuele wanprestatie vergoed te worden. Naar Belgisch recht vereist de kwalificatie als resultaatsverbintenis, behoudens uitdrukkelijk beding, dat de handeling geen aleatorisch karakter vertoont. Orgaantransplantatie heeft zoals de meeste chirurgische ingrepen echter een aleatorisch karakter, eigen aan de complexiteit van het menselijke organisme. Het betreft dus slechts een inspanningsverbintenis.²⁹¹³ In de soortgelijke zaak *Malik v. William Beaumont Hospital*²⁹¹⁴ werd de nierdonor een succespercentage van 99% meegedeeld. Maar zelfs dan kon er volgens de rechter geen belofte tot succesvolle transplantatie aangenomen worden, want het is “*common knowledge that the results of medical treatment cannot be guaranteed*”.²⁹¹⁵

²⁹¹¹ *Urbanski v. Patel* (1978), 84 D.L.R. (3d) 650, in navolging van de redenering uit M. KUSANOVICH, o.c., *U.S.F. L. Rev.* 1970-71, (223) 258-259 en 261. Zie in die zin ook: K. McK. NORRIE, o.c., *Int. & Comp. L.Q.* 1985, (442) 448; M.A. JONES, *Medical Negligence*, London, Sweet & Maxwell, 2003, 125-126, die meent dat een Engelse rechter dezelfde redenering zou volgen.

²⁹¹² *Siebe v. University of Cincinnati*, 766 N.E.2d 1070 (Ohio Ct.Cl. 2001).

²⁹¹³ J.F. RANG, o.c., *TvGR* 1979, (14) 20; T. VANSWEEVELT, *Aids en recht. Een aansprakelijkheids- en verzekeringsrechtelijke studie*, Antwerpen, Maklu, 1989, 77.

²⁹¹⁴ *Malik v. William Beaumont Hospital*, 423 N.W.2d 920 (Mich.App. 1988).

²⁹¹⁵ Zie ook: *Ornelas v. Fry*, 727 P.2d 819 (Ariz.App. 1986), waar werd aangenomen dat de donor had toegestemd tot nierdonatie “*no matter what the outcome of the transplant operation*”.

621. De tweede overweging in *Siebe* luidde dat het verlies van de linkernier van de donor het nabijgelegen resultaat was van de behandelingsfout van het ziekenhuis. De rechter erkende met andere woorden een oorzakelijk verband tussen de orgaanwegneming bij de donor en de fout inzake de transplantatie bij de ontvanger. Deze zienswijze kan hoegenaamd niet worden bijgetreden. De fout inzake de transplantatie kan geen oorzaak zijn van (de schade uit) de orgaanwegneming, aangezien deze orgaanwegneming al had plaatsgevonden voordat de fout werd begaan.²⁹¹⁶ Zonder de fout hadden de orgaanwegneming en haar gevolgen evengoed plaatsgevonden; het *conditio sine qua non*-verband ontbreekt. Bijgevolg is een vordering tot vergoeding van de schade van een orgaanwegneming wegens een mislukte transplantatie in principe onmogelijk.

Het is daarentegen niet uitgesloten dat de donor schade lijdt die wel is veroorzaakt door de fout die de transplantatie deed mislukken. Te denken valt met name aan morele schade²⁹¹⁷ (m.n. door verdriet wegens de zinloosheid van de wegneming en/of de voortdurende ziekte van de ontvanger) of zelfs (vermogens)schade door weerkaatsing (doordat de donor een naastbestaande van de ontvanger is). Wat betreft de morele schadevergoeding moet worden opgemerkt dat deze *ex aequo et bono* zal worden vastgesteld door de rechter. Nu morele schade moeilijk exact te meten is, houdt dergelijke *ex aequo et bono*-raming het risico in dat de donor winst maakt. Deze overweging noopt tot voorzichtigheid.

d. Experimentele orgaanwegneming

622. Indien de orgaanwegneming bij de levende donor gepaard gaat met een kennisvergaringsoogmerk, dan zal gesproken kunnen worden van een experiment en zal de Wet Medische Experimenten van toepassing zijn.²⁹¹⁸ Naast verschillende andere waarborgen (bv. controle door een ethisch comité) bevat de Wet Medische Experimenten een zeer gunstig aansprakelijkheidsregime ten voordele van de deelnemer aan het experiment (*in casu* de levende donor).

Overeenkomstig artikel 29, § 1 Wet Medische Experimenten is de opdrachtgever²⁹¹⁹ zelfs zonder zijn fout aansprakelijk voor de schade die de deelnemer of, in het geval van overlijden, zijn rechthebbenden opliepen en die een rechtstreeks dan wel indirect verband met de experimenten vertoont. Van deze aansprakelijkheid kan niet contractueel worden afgeweken.²⁹²⁰ Ten opzichte van de algemene aansprakelijkheidsgronden heeft de opdrachtgeversaansprakelijkheid het grote voordeel dat de levende donor-deelnemer niet langer het soms moeilijke foutbewijs (of het bewijs van gebrekkige zaak/product) moet leveren. Ook het bewijs van causaal verband zal doorgaans minder problematisch zijn, nu dit ruim kan

²⁹¹⁶ *Malik v. William Beaumont Hospital*, 423 N.W.2d 920 (Mich.App. 1988); *Olson v. Wrenshall* (2012), 284 Neb. 445.

²⁹¹⁷ Vgl. I. LUTTE, “Transplantation d’organe au regard de la jurisprudence de la C.J.C.E.”, (noot onder HvJ 10 mei 2001), *DCCR* 2002, (63) 70; J.-L. FAGNART, “Transplantation d’organe et responsabilité du fait des produits défectueux”, (noot onder HvJ 10 mei 2001), *JT* 2002, (209) 211.

²⁹¹⁸ Art. 2, 11° Wet Medische Experimenten. Zie ook al *supra* Deel II, Hoofdstuk III, Afd. 3, § 2, B. Deze wegneming mag niet verward worden met de wegneming van lichaamsmateriaal ten behoeve van een biobank (zie art. 18/1 Wet Medische Experimenten).

²⁹¹⁹ Art. 2, 21° Wet Medische Experimenten: “een persoon, bedrijf, instelling of organisatie die de verantwoordelijkheid op zich neemt voor het starten, het beheer en/of de financiering van een experiment”. Dit kan bv. het universitair ziekenhuis zijn. De opdrachtgever moet onderscheiden worden van een onderzoeker. Deze laatste is volgens art. 2, 17° Wet Medische Experimenten “een arts of elke andere persoon die een beroep uitoefent bedoeld in het koninklijk besluit nr. 78 van 10 november 1967 betreffende de uitoefening van de gezondheidszorgberoepen en die gekwalificeerd is voor het uitvoeren van een experiment. De onderzoeker is verantwoordelijk voor het uitvoeren van de experimenten op een bepaalde locatie. Indien het experiment op een bepaalde locatie door een team wordt uitgevoerd, is de onderzoeker de leider die verantwoordelijk is voor het team en deze kan dan hoofdonderzoeker worden genoemd”.

²⁹²⁰ Art. 29, § 1 *in fine* Wet Medische Experimenten. Wel kan de opdrachtgever verhaal uitoefenen indien iemand anders op basis van de algemene aansprakelijkheidsgronden aansprakelijk is. Zie: T. VANSWEEVELT, “De Wet Medische Experimenten op de menselijke persoon: objectieve aansprakelijkheid en verzekering”, *T. Gez.* 2005-06, (22) 24.

worden geïnterpreteerd om de deelnemer maximaal te beschermen.²⁹²¹ Niettemin vereist een causaal verband nog steeds dat het experiment een *conditio sine qua non* vormde voor de schade. Indien de orgaandonor *in casu* ook zonder het experiment de orgaanwegname had ondergaan (bv. wanneer deelname aan het experiment optioneel was), dan zullen de schadekosten die inherent zijn aan iedere orgaanwegname van het type in kwestie (bv. pijn, tijdelijke arbeidsongeschiktheid) en dus ook zonder het experiment waren ontstaan, niet krachtens artikel 29, § 1 Wet Medische Experimenten vergoed worden.

De foutloze of objectieve aansprakelijkheid van de opdrachtgever gaat gepaard met een verzekeringsplicht voor de opdrachtgever. Overeenkomstig artikel 29, § 2 Wet Medische Experimenten moet de opdrachtgever, alvorens het experiment aan te vatten, een verzekering sluiten die deze aansprakelijkheid dekt, evenals die van iedere bij het experiment tussenkomende persoon, ongeacht het soort banden dat er bestaat tussen de interveniënt, de opdrachtgever en de deelnemer. Deze verzekeraar kan rechtstreeks in België worden aangesproken en kan geen enkele nietigheid, geen enkel verweer of verval tegenwerpen die uit de wet of uit de verzekeringsovereenkomst voortvloeien.²⁹²² Indien de aansprakelijkheid en verzekering niet wordt georganiseerd overeenkomstig artikel 29 Wet Medische Experimenten dan mag het experiment niet aangevat of verdergezet worden.²⁹²³ De opdrachtgever die niet voorziet in de wettelijk vereiste verzekering, kan zelfs gestraft worden met een gevangenisstraf van een maand tot twee jaar en/of een geldboete van 500 euro tot 250.000 euro.²⁹²⁴ Er bestaat dus een sterke waarborg dat de levende donor-deelnemer ingeval van foutloze aansprakelijkheid ook effectief vergoed kan worden door een solvabele partij.

e. Naar een foutloze aansprakelijkheid voor schade ingevolge orgaanwegname?

623. In zijn advies van 12 mei 2011 suggereerde de Nationale Raad voor Ziekenhuisvoorzieningen om ter bescherming van iedere levende orgaandonor - dus ook zonder experimenteel opzet - te voorzien in een systeem van foutloze vergoeding zoals in de Wet Medische Experimenten.²⁹²⁵ Ook in het buitenland werd dergelijk idee al enkele keren overwogen.²⁹²⁶ Zou het inderdaad wenselijk zijn om naar het voorbeeld van artikel 29 Wet Medische Experimenten de arts of het ziekenhuis foutloos aansprakelijk te stellen voor de schade van de orgaandonor ten gevolge van de orgaanwegname bij leven en/of hen te verplichten hiervoor een verzekering aan te gaan?

²⁹²¹ T. VANSWEEVELT, "De wet experimenten op de menselijke persoon: objectieve aansprakelijkheid en verzekering", *T. Gez.* 2005-06, (22) 24; A. VIJVERMAN, "De Wet Experimenten op de Menselijke Persoon" in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume I*, 2014, (1055) 1110.

²⁹²² Art. 29, § 3 Wet Medische Experimenten, dat wel toelaat dat de opdrachtgever en de verzekeraar in de verzekeringsovereenkomst maximale vergoedingsbedragen bepalen en een maximale duur van dekking van het risico vastleggen. Voor het deel dat de dekking te boven gaat, zal niet de verzekeraar maar nog wel de opdrachtgever zelf gehouden zijn. Zie: A. VIJVERMAN, *o.c.* in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume I*, 2014, (1055) 1115-1116.

²⁹²³ Art. 5, 9° Wet Medische Experimenten.

²⁹²⁴ Art. 33, § 1 Wet Medische Experimenten.

²⁹²⁵ Advies van de Nationale Raad voor Ziekenhuisvoorzieningen van 12 mei 2011 m.b.t. orgaanwegname en -transplantatie, <http://www.health.belgium.be>, 7-8.

²⁹²⁶ Art. 9, appendix bij Resolutie (78) 29; *Nathan v. Farinelli*, Massachusetts Supreme Judicial Court nr. 74-87, Equity, 3 juli 1974, *ILJ* 1974, 411 (redelijke verzekeringsplicht t.a.v. ziekenhuis ter vergoeding van de schade die een minderjarige beenmergdonor zou leiden); G. DWORKIN, "The law relating to organ transplantation in England", *Mod. L. Rev.* 1970, vol. 33, (351) 363-364 (verplichte verzekering en vergoeding van schade ten gevolge van chirurgische ingreep bij de donor door het ziekenhuis); K. McK. NORRIE, *o.c.*, *Int. & Comp. L.Q.* 1985, (442) 452, voetnoot 34 (voorstel tot objectieve aansprakelijkheid zoals voor proefpersonen); I. JANSEN, "Wet op de orgaandonatie", *Ars Aequi* 1996, (625) 629 (voorstel tot risico-aansprakelijkheid en verzekeringsplicht naar het voorbeeld van de Nederlandse Wet Medisch-wetenschappelijk Onderzoek met Mensen).

Een uitbreiding van de Orgaantransplantatiewet in die zin zou zonder twijfel een groot voordeel voor de donor inhouden. Hij zou veel vaker vergoed kunnen worden dan bij foutaansprakelijkheid. De sterke compensatoire functie²⁹²⁷ van dergelijke aansprakelijkheid met verplichte verzekeringsdekking geeft de donor een ruime bescherming tegen de schadelijke gevolgen van orgaanwegneming. Dit is uiteraard verenigbaar met de geest van de Orgaantransplantatiewet. Aangaande artikel 29 Wet Medische Experimenten stelde de wetgever dat het principe van foutloze aansprakelijkheid onontbeerlijk is “*wanneer het gaat om personen die soms volkomen gezond zijn en die als vrijwilliger optreden met als drijfveer het collectieve belang*”.²⁹²⁸ Welnu, ook orgaandonoren zijn in principe volkomen gezond en hebben als drijfveer het belang van een medemens, wat onrechtstreeks ook het algemeen belang ten goede zal komen. Terwijl het vooraf niet geheel zeker is of en hoe een deelname aan een experiment het algemeen belang zal baten, zal orgaanwegneming voor transplantatie wél met aanzienlijke zekerheid de ontvanger en het algemeen belang (bv. verkorting van de wachtlijsten, besparing van dialysekosten)²⁹²⁹ dienen. *A fortiori* zou een foutloze vergoeding dus ook voor orgaandonoren moeten bestaan. Het feit dat de donor vrijwillig de wegneming ondergaat en al door andere wettelijke voorwaarden beschermd wordt, doet hier m.i. geen afbreuk aan.²⁹³⁰

624. Hoewel de wenselijkheid van een ruime vergoeding voor levende donoren vaststaat, kan m.i. sterk worden betwijfeld of deze vergoeding (enkel) op de schouders van de arts en/of het ziekenhuis moet rusten. Ingeval van *fout* ligt een vergoedingsplicht van de arts of het ziekenhuis voor de hand. Schuld vormt duidelijk een maatschappelijk aanvaardbare reden om de schadelast van de donor te verschuiven. Hoe kan echter worden gerechtvaardigd dat de schade van de donor *foutloos* op de arts en/of het ziekenhuis wordt afgewenteld?

Naast de compensatie van schade wordt aansprakelijkheid doorgaans ook in verband gebracht met de *preventie* van schadegevallen. Zo zou de dreiging van aansprakelijkheid de betrokkenen kunnen afschrikken om schadeveroorzakende daden te begaan.²⁹³¹ Wil men inzake orgaanwegneming dergelijke preventie van schadegevallen nastreven, dan moet de aansprakelijkheid logischerwijze bij de arts of het ziekenhuis geplaatst worden.²⁹³² Weliswaar rijzen er *in casu* verschillende bezwaren tegen preventie als grondslag voor dergelijke aansprakelijkheid. Allereerst dreigt een ruime, foutloze aansprakelijkheid van artsen/ziekenhuizen voor schade door orgaanwegneming nefaste gevolgen te hebben.²⁹³³ Het zou tot een té grote afschrikking kunnen leiden, waardoor potentiële levende donoren onnodig worden uitgesloten van de selectie als donor. Zo zouden belangrijke baten voor de ontvanger en voor de samenleving zonder overtuigende reden verloren gaan, wat niet strookt met het doel van de Orgaantransplantatiewet om het orgaantekort tegen te gaan.²⁹³⁴

²⁹²⁷ Zie hierover: T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 5-7.

²⁹²⁸ Verslag FATMA PEHLIVAN, *Parl. St.* Senaat 2003-04, nr. 3-585/3, 15.

²⁹²⁹ Zie *infra* § 3, B van deze Afdeling.

²⁹³⁰ *Contra*: I. JANSSEN, o.c., *Ars Aequi* 1996, (625) 629.

²⁹³¹ T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 7. Zie ook: J.F. RANG, o.c., *TvGR* 1979, (14) 20, die pleitte voor de kwalificatie van orgaanwegneming als een resultaatsverbintenis. De gunstige bewijslast voor de donor hierbij zou een preventieve invloed hebben op het handelen van de arts, die met deze juridische dreiging zorgvuldig zal optreden bij de besluitvorming over en de uitvoering van de orgaanwegneming.

²⁹³² Vgl. J. TER HEERDT, *Het experiment beproefd. Een juridische analyse van medische experimenten met mensen*, Antwerpen, Maklu, 2000, nr. 799.

²⁹³³ Zie eveneens *contra* preventie als grondslag voor foutloze aansprakelijkheid: I. JANSSEN, o.c., *Ars Aequi* 1996, (625) 629.

²⁹³⁴ Vgl. *Colton v. New York Hosp.* (1979), 98 Misc.2d 957: “A public policy encouraging such necessary activity as experimental medical research [in casu een experimentele niertransplantatie] would be utterly ineffectual if one who performs the activity may be held liable solely on account of his nonnegligent performance”.

Weliswaar kan dit afschrikingsrisico enigszins worden opgevangen door de schade die inherent is aan een zorgvuldig uitgevoerde orgaanwegneming (bv. tijdelijke arbeidsongeschiktheid, pijn, bepaalde medische kosten), uit te sluiten van de aansprakelijkheid.²⁹³⁵ Maar dan nog maakt het aleatorische karakter van de (transplantatie)geneeskunde een preventie van de niet-inherente schade bij orgaanwegneming zeer moeilijk. Een foutloze aansprakelijkheid die louter op een preventiemotief berust, voelt dan onbillijk aan.

Verder kan worden geargumenteed dat bijkomende preventie via een foutloze aansprakelijkheid niet echt nodig, ja zelfs overdreven is. De Orgaantransplantatiewet legt immers zelf al verschillende kwaliteits- en veiligheidsverplichtingen op aan de arts en het ziekenhuis.

Ten slotte dreigt het preventiedoel te worden ondermijnd door de verzekeringsplicht; de afschrikking wordt zo immers afgezwakt.²⁹³⁶ Men kan de verzekeringsplicht wegdenken, maar dan rijst opnieuw het risico van insolvabiliteit voor de donor. De grondslag voor een foutloze aansprakelijkheid t.a.v. orgaandonoren lijkt dus elders te moet worden gezocht.

625. Volgens het *risico- of het profijtbeginsel* moet degene die een risico in het leven roept en er voordelen uit haalt, ook de nadelen dragen (*ubi emolumentum, ibi onus*).²⁹³⁷ Bij experimenten worden deze principes gebruikt om een foutloze aansprakelijkheid van de opdrachtgever te rechtvaardigen, nu de bron van het risico en de primaire voordelen (bv. concurrentiepositie, reputatie, ontwikkeling van winstgevende producten of diensten) toch bij hem liggen.²⁹³⁸ Bij orgaanwegneming zouden deze principes echter veeleer tot een aansprakelijkheid van de ontvanger leiden,²⁹³⁹ nu hij er op de eerste plaats profijt uit haalt. Daarnaast zal ook het algemeen belang bij de transplantatie welvaren. Het belang van de arts en het ziekenhuis komt daarentegen niet zo sterk op de voorgrond als dat van de opdrachtgever van een experiment.

De verzekeringsplicht zou er uiteraard toe leiden dat de schade van de donor niet door één arts en/of ziekenhuis gedragen wordt, maar verspreid zou worden over de collectiviteit van transplantatieprofessionals (of ruimer). Volgens G. Dworkin zou een ziekenhuis alvast geen probleem mogen hebben met het vinden van een bereidwillige verzekeraar, nu de levende donor doorgaans een aantrekkelijk risicoplaasje vormt.²⁹⁴⁰ Een levende donor zal vóór de orgaanwegneming in principe immers in goede gezondheid verkeren, en onaanvaardbare gezondheidsrisico's mogen niet worden genomen. Dankzij de verzekeringsrechtelijke schadespreiding zou dan alsnog kunnen worden geargumenteed dat de foutloze aansprakelijkheid evenredig is aan het belang van de arts en het ziekenhuis bij orgaanwegneming. Maar dan nog zullen uiteindelijk enkel de artsen en/of ziekenhuizen de

²⁹³⁵ Zie in die zin de voorstellen in: I. JANSEN, o.c., *Ars Aequi* 1996, (625) 629 en G. DWORKIN, o.c., *Mod. L. Rev.* 1970, vol. 33, (351) 363, die enkel spreekt van schade ten gevolge van 'accidents'.

²⁹³⁶ Vgl. T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 8 en 9.

²⁹³⁷ Vgl. T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 12-13 en 424-425 (over de objectieve aansprakelijkheid van aanstellers in de zin van art. 1384, lid 3 BW).

²⁹³⁸ Vgl. J. TER HEERDT, *Het experiment beproefd*, 2000, nr. 775 en 799, maar die in nr. 755 verdedigt dat de baten veeleer voor rekening van de maatschappij komen, zodat ook de kosten voor rekening van de maatschappij moeten komen. Zie ook: M.A.R. AVILÉS, "Compensation of Research-Related Injuries in the European Union", *EJHL* 2014, (473) 482, die meent dat klinische proeven in het belang van anderen gebeuren, zodat de samenleving een morele verplichting heeft om de proefpersonen via een *no fault*-vergoedingssysteem te beschermen, maar die dit daarna vreemd genoeg vertaalt in een verzekeringsplicht voor de sponsor of de onderzoeker.

²⁹³⁹ I. JANSEN, o.c., *Ars Aequi* 1996, (625) 629.

²⁹⁴⁰ G. DWORKIN, o.c., *Mod. L. Rev.* 1970, vol. 33, (351) 364.

verzekeringspremies betalen en indirect de schadelast op zich nemen, terwijl de ontvanger en de samenleving in principe van de baten van orgaanwegneming kunnen genieten zonder deelname in de schadelast.

Wat betreft de ontvanger zouden de arts en/of het ziekenhuis niettemin de verzekeringskost kunnen verrekenen in de eindfactuur. Zo dreigt echter de schadelast dan weer onvoldoende te worden gedragen door de arts en/of het ziekenhuis en blijft hoe dan ook de samenleving buiten schot. Dit alles brengt mij tot het inzicht dat de levende donor wel een omvangrijk recht op vergoeding verdient, maar dat deze vergoeding bij gebrek aan fout niet louter afkomstig mag zijn van de arts, het ziekenhuis of de ontvanger. Veeleer de gehele samenleving dient dan de schadelast te dragen.²⁹⁴¹ Zo wordt de schadelast meer gekoppeld aan de voordelen en wordt het risico van afschrikking van de artsen vermeden. In wat volgt wordt onderzocht in hoeverre de nationale solidariteit *de lege lata* deze last reeds draagt en hoe ze *de lege ferenda* deze last behoort te dragen.

4. Vergoeding op basis van de nationale solidariteit

626. Wat betreft de vergoeding op basis van de nationale solidariteit moet een onderscheid gemaakt worden tussen de vergoeding via de Wet Medische Ongevallen (*infra* a) en de vergoeding via de ZIV-wetgeving, aangevuld met een specifiek KB inzake levende donoren (*infra* b).

a. De Wet Medische Ongevallen

1) Toepassingsgebied

627. Dankzij de wet van 31 maart 2010 betreffende de vergoeding van schade als gevolg van gezondheidszorg²⁹⁴² (verkort: Wet Medische Ongevallen) kunnen patiënten onder strikte voorwaarden een vergoeding voor schade als gevolg van gezondheidszorg verkrijgen zonder een aansprakelijkheidsvordering te moeten instellen,²⁹⁴³ onverminderd hun recht om alsnog zo'n gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsvordering in te stellen.²⁹⁴⁴ De vergoeding geschiedt via een speciaal daartoe opgericht fonds: het Fonds Medische Ongevallen. Het betreft een vergoeding op basis van de nationale solidariteit;²⁹⁴⁵ het Fonds is dan ook een bijzondere dienst van het Rijksinstituut voor ziekte- en invaliditeitsverzekering (RIZIV).²⁹⁴⁶

Ondanks de strikte vergoedingsvoorwaarden vertoont dit vergoedingssysteem ten opzichte van de gemeenrechtelijke aansprakelijkheid een aantal voordelen die zeker ook voor een levende orgaandonor van belang zouden kunnen zijn. Zo omzeilt de mogelijkheid tot vergoeding buiten aansprakelijkheid de moeilijke bewijslast van de patiënt inzake het bestaan

²⁹⁴¹ In dezelfde zin: W. DREESSEN, *o.c.*, *Jura Falc.* 1984-85, (500) 525; J. MATTHIJS, *o.c.*, *RW* 1971-72, (161) 171; Verslag HANQUET, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 832-2, 12; Advies van 27 april 2013 over verzekeringen, medische kosten en werkonbekwaamheid inzake levende donoren, *Jaarboek en Verslagen van de Koninklijke Academie voor Geneeskunde van België* 2013, 75; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 406; J.-P. MARKUS, "L'information du donneur d'organe", *Droit de la Famille* 2014, dossier 16, www.lexisnexis.com, nr. 45. *Contra*: art. L1211-4 Code de la Santé Publique (Frankrijk), waar de orgaanwegnemingskosten ten laste worden gelegd van de gezondheidszorginstelling die de wegneming uitvoert.

²⁹⁴² BS 31 maart 2010.

²⁹⁴³ Art. 2, 7°, art. 4, 1° en art. 5 Wet Medische Ongevallen.

²⁹⁴⁴ Art. 3, § 1 Wet Medische Ongevallen.

²⁹⁴⁵ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2009-10, nr. 53-2240/1, 1; T. VANSWEEVELT, "De Wet Medische Ongevallen", *T. Gez.* 2010-11, (84) 88, nr. 10, die dit verantwoord acht omdat een medisch schadegeval iedereen kan treffen.

²⁹⁴⁶ Art. 2, 10° Wet Medische Ongevallen en art. 137ter t.e.m. art. 137sexies wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen gecoördineerd op 14 juli 1994 (BS 27 augustus 1994).

van fout en oorzakelijk verband, alsook een vaak trage en dure gerechtelijke procedure.²⁹⁴⁷ Daarnaast kan een conflictsituatie tussen arts en patiënt vermeden worden, zodat de vertrouwensrelatie tussen hen intact blijft.²⁹⁴⁸ Voor een orgaandonor kan dit vooral van belang zijn met het oog op de levenslange *follow-up*, waarop iedere donor recht heeft.²⁹⁴⁹ Een en ander verkleint ook het risico op negatieve media-aandacht,²⁹⁵⁰ wat niet enkel de reputatie van de arts of het ziekenhuis in kwestie, maar de gehele transplantatiepraktijk ten goede komt.²⁹⁵¹ Tot slotte zal het Fonds beschikken over een overzicht van medische ongevallen op basis waarvan adviezen over de preventie van schade kunnen worden uitgebracht.²⁹⁵² Voor orgaanwegname en -transplantatie zal dit evenwel niet zo'n groot voordeel zijn, nu er hierbij al een specifiek meldings- en beheersysteem voor ernstige ongewenste bijwerkingen werd voorzien.²⁹⁵³

628. Het vergoedingssysteem van de Wet Medische Ongevallen is enkel van toepassing op 'verstrekkingen van gezondheidszorg'. Dit zijn de "*door een zorgverlener verstrekte diensten met het oog op het bevorderen, vaststellen, behouden, herstellen of verbeteren van de gezondheidstoestand van de patiënt of om de patiënt bij het sterven te begeleiden*".²⁹⁵⁴ Een patiënt is iedere "*natuurlijke persoon aan wie gezondheidszorg wordt verstrekt, al dan niet op eigen verzoek*".²⁹⁵⁵ Deze begrippen werden op bijna exact dezelfde wijze gedefinieerd als in de Wet Patiëntenrechten.²⁹⁵⁶ Dit mag niet verbazen. Een regeling voor vergoeding van schade sluit immers nauw aan bij de waarborging van patiëntenrechten.²⁹⁵⁷ Hierboven werd al verdedigd dat een orgaandonor als een patiënt in de zin van de Wet Patiëntenrechten kan worden beschouwd, niettegenstaande er in de memorie van toelichting bij deze wet een tegengestelde visie weerklonk.²⁹⁵⁸ Dezelfde tegengestelde visie blijkt nu ook in het raam van de Wet Medische Ongevallen te worden verdedigd. Zo luidde de memorie van toelichting bij deze wet dat orgaanwegname bij een levende donor geen 'gezondheidszorg' uitmaakt.²⁹⁵⁹ Ook de Raad van State meende dat een orgaandonor geen 'patiënt' zou zijn.²⁹⁶⁰ Deze opvattingen kunnen niet zonder meer gevolgd worden.

Zoals de wetgever zelf al te kennen gaf, is de Wet Medische Ongevallen wél van toepassing op de gezondheidszorgverstrekkingen die voor en na de orgaanwegname *sensu stricto* worden verricht.²⁹⁶¹ Het betreft o.a. de preoperatieve onderzoeken en de postoperatieve verzorging. De Wet Medische Ongevallen is logischerwijze ook van toepassing op de gezondheidszorgverstrekkingen die plaatsvinden *tijdens* de orgaanwegname *sensu stricto* (bv. monitoring, hechtingen). Bijgevolg kan worden verwacht dat de uitsluiting van

²⁹⁴⁷ T. VANSWEEVELT, o.c., *T. Gez.* 2010-11, (84) 85-86, nrs. 2-5 en 87, nr. 8.

²⁹⁴⁸ T. VANSWEEVELT, o.c., *T. Gez.* 2010-11, (84) 87, nr. 8.

²⁹⁴⁹ Zie *supra* A.3.b. van deze paragraaf.

²⁹⁵⁰ L.E. RATNER en P.R. SANDOVAL, o.c., *Am. J. Transpl.* 2010, vol. 10, (2577) 2580, waar werd gepleit voor de oprichting van een specifiek fonds ter vergoeding van schade als gevolg van het overlijden van een orgaandonor.

²⁹⁵¹ Negatieve publiciteit kan immers leiden tot een daling in donatiebereidwilligheid. Zie *supra* Deel II, Hoofdstuk I, Afd. 1, § 2, B.

²⁹⁵² Art. 8, § 2 Wet Medische Ongevallen; T. VANSWEEVELT, o.c., *T. Gez.* 2010-11, (84) 92, nr. 28 en 114, nr. 123.

²⁹⁵³ Zie *infra* Deel VI, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, A.4.

²⁹⁵⁴ Zie art. 3, § 1 *iuncto* art. 2, 4° en 6° Wet Medische Ongevallen.

²⁹⁵⁵ Art. 2, 5° Wet Medische Ongevallen.

²⁹⁵⁶ Zie art. 2, 1° en 2° Wet Patiëntenrechten.

²⁹⁵⁷ Verslag GILKINET en BROUNS, *Parl. St. Kamer* 2001-02, nr. 50-1642/012, 10.

²⁹⁵⁸ Zie *supra* Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, B.2. van dit Deel.

²⁹⁵⁹ Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2009-10, nr. 53-2240/1, 21. Zie ook: verslag BURGEON, *Parl. St. Kamer* 2009-10, nr. 52-2240/006, 27 en 89.

²⁹⁶⁰ Advies Raad van State, *Parl. St. Kamer* 2009-10, nr. 52-2240/1 en nr. 52-2241/1, 92.

²⁹⁶¹ Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2009-10, nr. 53-2240/1, 21; verslag BURGEON, *Parl. St. Kamer* 2009-10, nr. 52-2240/006, 89, waar werd gezegd dat het dus niet moeilijk zal zijn om inzake orgaandonatie een band met deze omringende gezondheidszorgsverstrekkingen aan te tonen; T. VANSWEEVELT, o.c., *T. Gez.* 2010-11, (84) 98.

orgaanwegneming uit het toepassingsgebied van de Wet Medische Ongevallen veeleer theoretisch zal blijven.²⁹⁶²

2) *Voorstel tot expliciete bevestiging van de toepasselijkheid op levende donoren*

629. Ondanks het *de facto* beperkte risico op uitsluiting van orgaandonoren moet m.i. ook de orgaanwegneming *sensu stricto* onder het toepassingsgebied van de Wet Medische Ongevallen worden gebracht. Hiervoor kan inspiratie worden gevonden in Frankrijk. De Wet Medische Ongevallen is immers deels gebaseerd op de Franse wet van 4 maart 2002, die een gelijkaardig systeem van foutloze vergoeding op basis van de nationale solidariteit invoerde (zie thans art. L1142-1 e.v. Code de la Santé Publique).²⁹⁶³ De vraag of schade door orgaanwegneming bij een levende donor aanleiding kan geven tot foutloze aansprakelijkheid, kwam in Frankrijk reeds op de voorgrond in de zaak *Astier*.²⁹⁶⁴ Op 19 oktober 2000 onderging dhr. Astier een partiële hepatectomie (leversegmentwegneming) in het raam van een donatie voor levertransplantatie bij zijn broer. Hoewel de wegneming volgens de regels van de kunst verliep, leidde ze tot verwikkelingen die dhr. Astier enkele dagen na de wegneming het leven kostten. De administratieve rechtbank van Lyon oordeelde in een vonnis van 26 september 2006 dat “*lorsqu’un acte médical nécessaire au diagnostic ou au traitement du patient présente un risque dont l’existence est connue mais dont la réalisation est exceptionnelle et dont aucune raison ne permet de penser que le patient y soit particulièrement exposé, la responsabilité du service public hospitalier est engagée si l’exécution de cet acte est la cause directe de dommages sans rapport avec l’état initial du patient comme avec l’évolution prévisible de cet état et présentant un caractère d’exceptionnelle gravité*”. Hiermee herhaalde de rechtbank de foutloze vergoedingsregel die de Conseil d’État voorheen al in het arrest *Bianchi* op basis van de billijkheid had gevestigd²⁹⁶⁵ en die ondertussen ook grotendeels in artikel L1142-1-II Code de la Santé Publique was gecodificeerd. Het bijzondere in de zaak *Astier* is nu dat de rechter toevoegde dat “*cette responsabilité est susceptible d’être engagée même si l’acte médical a été pratiqué au bénéfice d’un tiers et non à celui du patient lui-même*”. Aldus werd orgaanwegneming voor transplantatiedoeleinden als een medische handeling gekwalificeerd.²⁹⁶⁶ Ondertussen werd ook in artikel L1211-4, lid 3 Code de la Santé Publique bevestigd dat orgaanwegneming voor transplantatiedoeleinden als een verstrekking van gezondheidszorg moet worden beschouwd.²⁹⁶⁷ Nu *in casu* ook het risico op overlijden bij partiële hepatectomie (0,2%) als uitzonderlijk werd beschouwd en dit overlijden, gelet op de perfecte gezondheid van dhr. Astier, geenszins uit zijn aanvankelijke gezondheidstoestand voortvloeide, kon het transplantatieziekenhuis overeenkomstig de *Bianchi*-rechtspraak foutloos aansprakelijk worden gesteld. Er werd meer bepaald een vergoeding toegekend voor morele schade (20.000 euro voor de echtgenote en 15.000 euro per kind) en economische schade

²⁹⁶² S. LIERMAN, “Vergoedingsvoorwaarden van het Fonds voor Medische Ongevallen” in I. BOONE en S. LIERMAN (eds.), *Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen. Praktijkgerichte analyse van de wet van 31 maart 2010*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (39) 42.

²⁹⁶³ Loi n° 2002-03 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JO 5 mars 2002. Zie immers: Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2009-10, nr. 53-2240/1, 9.

²⁹⁶⁴ Trib. Adm. Lyon 26 september 2006, *AJDA* 2007, 319, noot C. CHAUSSARD.

²⁹⁶⁵ CHAUSSARD, “La jurisprudence *Bianchi* appliquée au donneur d’organes”, (noot onder Trib. Adm. Lyon 26 september 2006), *AJDA* 2007, (320) 320-321.

²⁹⁶⁶ Zie daarvoor ook al: N. NEFUSSY-LEROY, *Organes humains*, 1999, 226, 233 en 235-237.

²⁹⁶⁷ Deze bepaling luidt meer bepaald: “*Pour l’application des dispositions du chapitre II du titre IV du livre Ier de la première partie du présent code, le prélèvement d’organes, de tissus ou de cellules sur une personne vivante qui en fait le don dans l’intérêt thérapeutique d’un receveur est assimilé à un acte de soins*”.

wegens verloren inkomsten (168.945 euro voor de echtgenote, 1.088 euro voor het ene kind en 1.838 euro voor het andere kind).

De Franse oplossing verdient goedkeuring. Een orgaandonor brengt immers niet enkel baten mee voor de ontvanger, maar ook voor de gehele samenleving (bv. verkorting van de wachtlijsten, besparing van kosten voor nierdialyse).²⁹⁶⁸ Bijgevolg is het niet meer dan logisch en billijk dat de nationale solidariteit volgens het systeem van de Wet Medische Ongevallen moet opdraaien voor de schade ten gevolge van de risico's die de donor op zich heeft genomen. Doordat deze oplossing de bescherming van donoren vergroot, wordt onrechtstreeks bijgedragen tot de promotie van orgaandonatie en dus tot baten voor ontvangers en de samenleving.²⁹⁶⁹ Ten slotte is het onbegrijpelijk waarom iemand die een zware orgaanwegnemingsingreep ondergaat om het leven van een medemens te redden, vergoedingsrechtelijk in een zwakkere positie zou worden geplaatst dan iemand die een lichte, louter nuttige tussenkomst in eigen belang ondergaat.²⁹⁷⁰ Aangezien er geen objectief en pertinent criterium bestaat om orgaandonoren anders te behandelen, maakt een uitsluiting van orgaanwegneming uit de Wet Medische Ongevallen een discriminatie uit.²⁹⁷¹

Om dit te verhelpen zou 'gezondheid' in België voorlopig alvast ruim kunnen worden geïnterpreteerd. Dankzij de psychosociale baten die de donor kan ondervinden, zou orgaanwegneming op zich dan als een vorm van gezondheidszorgverstrekking kunnen worden beschouwd. Ook de Koninklijke Academie voor Geneeskunde van België nam al aan dat de risico's van nier- en leversegmentwegneming vergoedbaar zijn onder de Wet Medische Ongevallen.²⁹⁷² Niettemin vereist de rechtszekerheid veeleer een wijziging van de Wet Medische Ongevallen om orgaandonoren uitdrukkelijk in haar toepassingsgebied te sluiten.²⁹⁷³ Een opmerkelijk detail is trouwens dat er bij de totstandkoming van de Wet Medische Ongevallen al een amendement over het begrip 'gezondheidszorg' in die zin werd ingediend. De minister wees dit amendement echter af omwille van legistiek-technische redenen en omdat het soortgelijke begrip 'gezondheidszorg' in de Wet Patiëntenrechten nog niet tot controverse had geleid.²⁹⁷⁴ Dergelijke houding is betreuenswaardig. Moet er werkelijk eerst een donor slachtoffer worden van een medisch ongeval zonder aansprakelijkheid vooraleer er wordt opgetreden?

b. De ZIV-wetgeving en het KB Vergoeding Levende Donor

1) *Principe*

630. In zijn voorstel tot een transplantatiewet opperde procureur-generaal J. Matthijs dat de gemeenschap haar erkentelijkheid en dus haar zorg moet betuigen aan de levende donor, die uit "*zuivere menslievende edelmoedigheid*" een offer heeft gebracht om zijn medemens te helpen. De vergoeding van de donor zou daarom via het sociale zekerheidsrecht moeten gebeuren.²⁹⁷⁵ Bij de totstandkoming van de Orgaantransplantatiewet vond deze visie weerklank. Zo stelde de

²⁹⁶⁸ Zie *infra* § 3, B van deze Afdeling.

²⁹⁶⁹ Vgl. C. CHAUSSARD, o.c., *AJDA* 2007, (320) 324.

²⁹⁷⁰ Vgl. C. CHAUSSARD, o.c., *AJDA* 2007, (320) 324.

²⁹⁷¹ Zie reeds: Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2009-10, nr. 52-2240/1 en nr. 52-2241/1, 22.

²⁹⁷² Advies van 27 april 2013 over verzekeringen, medische kosten en werkonbekwaamheid inzake levende donoren, *Jaarboek en Verslagen van de Koninklijke Academie voor Geneeskunde van België* 2013, 75.

²⁹⁷³ Zie reeds: verslag BURGEON, *Parl. St. Kamer* 2009-10, nr. 52-2240/6, 27; advies van de Nationale Raad voor ziekenhuisvoorzieningen van 12 mei 2011 m.b.t. orgaanwegneming en –transplantatie, <http://www.health.belgium.be>, 7-8.

²⁹⁷⁴ Verslag BURGEON, *Parl. St. Kamer* 2009-10, nr. 52-2240/006, 104-105.

²⁹⁷⁵ J. MATTHIJS, o.c., *RW* 1971-72, (161) 171. Zie voorheen ook al: W. DREESSEN, o.c., *Jura Falc.* 1984-85, (500) 525.

Staatssecretaris dat de maatschappij de waarde van de schenking van de donor hoort te erkennen en zelfs 10 jaar na de wegneming de schade moet vergoeden.²⁹⁷⁶ Het ontwerp van de Orgaantransplantatiewet werd dan ook aangevuld met (oud) artikel 4, § 2, dat de Koning toeliet om een vergoeding ten laste van de overheid of van de instellingen van maatschappelijke zekerheid te voorzien. Ook de Koninklijke Academie voor Geneeskunde van België heeft recent de verantwoordelijkheid van de gemeenschap inzake het vergoeden van levende donoren nogmaals onderstreept.²⁹⁷⁷

Een vergoeding via het sociale zekerheidsrecht moet, gelet op alle voorgaande vergoedingskanalen, inderdaad als een wenselijke optie worden beschouwd. In vergelijking met de private vergoedingsovereenkomst heeft ze als voordeel dat ze niet van de loutere contracteerbaarheid van de ontvanger of enige andere contractspartij afhankelijk is. Bovendien vermindert de controle via de Sociale Zekerheidsinstellingen het risico op commerciële praktijken. Als aanvulling op de foutaansprakelijkheid zal ze een veel bredere vergoedingsbasis voor de donor kunnen bieden, nu de vergoeding niet beperkt zal zijn tot een eventuele fout.²⁹⁷⁸ In vergelijking met de foutloze aansprakelijkheid strookt ze veel beter met het adagium *‘ubi emolumentum, ibi onus’*.²⁹⁷⁹ Als aanvulling op de Wet Medische ongevallen kan ten slotte wederom worden gezegd dat ze een bredere vergoedingsbasis zal kunnen bieden, want niet beperkt zal zijn tot abnormale schade.

De manier waarop de vergoeding van de levende donor thans in België sociaalrechtelijke geregeld is, valt echter dubieus te noemen. Het grote aantal parlementaire vragen over deze regeling getuigt hiervan. Het huidige systeem is tweeledig. Enerzijds is er de vergoeding via de algemene ziekte- en invaliditeitsverzekering, zoals voorzien bij wet van 14 juli 1994 betreffende de verplichte verzorging en uitkeringen²⁹⁸⁰ (verkort: ZIV-wet). Anderzijds is er de vergoeding ten laste van de FOD Volksgezondheid, zoals geregeld bij KB van 27 februari 1987 tot vaststelling van een vergoeding toe te kennen aan de levende donor, bedoeld in art. 4 § 2 van de Wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen²⁹⁸¹ (verkort: KB Vergoeding Levende Donor). Beide vergoedingskanalen worden hierna verder toegelicht.

2) De ZIV-wetgeving

631. De ZIV-wet voorziet in de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen (de ‘ziekteverzekering’) met haar twee takken: de geneeskundige verstrekkingen en de uitkeringen voor arbeidsongeschiktheid.²⁹⁸²

Via de verzekering voor geneeskundige verzorging bestaat er onder bepaalde voorwaarden een mogelijkheid tot tegemoetkoming in de kosten van bepaalde geneeskundige verstrekkingen (zie m.n. art. 121 ZIV-wet). Artikel 34 ZIV-wet somt deze geneeskundige verstrekkingen op, met dien verstande dat ze in het algemeen de ‘curatieve en preventieve’

²⁹⁷⁶ Verslag HANQUET, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 832-2, 12.

²⁹⁷⁷ Advies van 27 april 2013 over verzekeringen, medische kosten en werkonbekwaamheid inzake levende donoren, *Jaarboek en Verslagen van de Koninklijke Academie voor Geneeskunde van België* 2013, 75.

²⁹⁷⁸ Voor zover de kosten verhaald kunnen worden via het aansprakelijkheidsrecht zullen deze kosten integraal vergoed worden en desgevallend niet beperkt zijn tot het sociale zekerheidsstelsel. Vgl. Verslag HANQUET, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 832-2, 12. De vergoeding via de ZIV-wet belet alleszins niet dat de donor vergoeding via het aansprakelijkheidsrecht kan krijgen (zie: T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 86-87).

²⁹⁷⁹ Cf. *supra* C.3.e. van deze paragraaf.

²⁹⁸⁰ BS 27 augustus 1994.

²⁹⁸¹ BS 27 maart 1987.

²⁹⁸² Art. 1 ZIV-wet. Sinds kort regelt deze wet ook een derde tak, namelijk de vergoeding voor medische ongevallen.

verzorging (moeten) betreffen. Wat betreft o.a. de voorafgaande onderzoeken en consultaties, de anesthesie, de postoperatieve verzorging of de toediening van geneesmiddelen is een kwalificatie als geneeskundige verstrekking in principe mogelijk, zodat de donor voor vergoeding hiervan op zijn ziekenfonds kan terugvallen.²⁹⁸³ Wat betreft de wegneming *sensu stricto* kan betwijfeld worden of er sprake is van een curatief of preventief doel.²⁹⁸⁴ Artikel 34, 17° ZIV-wet beschouwt wel het afleveren van organen in het raam van de Orgaantransplantatiewet als een geneeskundige verstrekking, maar ook dit biedt geen zekerheid voor de levende donor. Het begrip ‘afleveren’ lijkt veeleer te wijzen op een verstrekking ten aanzien van de ontvanger, en kan dus niet zomaar worden gelijkgesteld met de wegneming bij de levende donor. In de praktijk wordt een en ander opgelost door de kosten van de wegneming bij de donor en de rechtstreeks daarmee verbonden kosten aan te rekenen aan de ontvanger en zijn ziekenfonds.²⁹⁸⁵ Voor niertransplantatie met een levende donor is deze oplossing uitdrukkelijk voorzien in de nomenclatuur, die overeenkomstig artikel 35 ZIV-wet de geneeskundige verstrekkingen nader preciseert.²⁹⁸⁶ Voor andere transplantaties, zoals bv. leversegmenttransplantatie met levende donor, werd niets gepreciseerd. Dit belet niet dat de regeling voor niertransplantatie naar analogie kan worden toegepast.²⁹⁸⁷

Via de uitkeringsverzekering kan de donor bovendien onder bepaalde voorwaarden een tegemoetkoming voor inkomensverlies wegens arbeidsongeschiktheid verkrijgen (zie m.n. art. 87 en 128 ZIV-wet).²⁹⁸⁸ De arbeidsongeschiktheidsuitkering kan hoe dan ook worden geweigerd indien de arbeidsongeschiktheid het gevolg is van opzet vanwege de gerechtigde, maar slechts indien dit opzet een fout uitmaakt (art. 134, § 1 ZIV-wet). Terecht stelt N. van Gelder dat de orgaandonatie niet als een opzettelijke fout kan worden beschouwd, aangezien dit zou ingaan tegen (de geest van) de wet en de belangen van de samenleving.²⁹⁸⁹ Een normaal,

²⁹⁸³ N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, Antwerpen, Intersentia, 2015, nrs. 366 en 375. Zie o.a. art. 34, 1°, 5°, 6° en 7° ZIV-wet.

²⁹⁸⁴ N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nr. 366. Zie ook al: Advies Raad van State, *Parl. St. Senaat* 1984-85, nr. 832-1, 28; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 86 en de discussie *supra* Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, B van dit Deel.

²⁹⁸⁵ I. COLSON, “Levende donatie. Niertransplantatie”, *Orpadt forum* 2007, jaargang 7, nr 2, (27) 30, die eraan toevoegt dat ook de hospitalisatieverzekering van de ontvanger aanvullend kan worden aangesproken; *Vr. en Antw.* Kamer 2007-08, 28 januari 2008, *Vr.* nr. 98 S. LAHAYE-BATTHEU; V. BOECXSTAENS *et al.*, o.c., *T. Gen.* 2010, vol. 66, (167) 172; *Vr. en Antw.* Kamer 2010-11, 8 december 2010, *Vr.* nr. 184 M.-C. LAMBERT; Mondelinge vraag van de heer Philippe Mahoux aan de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid over “de orgaandonatie”, *Hand. Senaat* 2011-12 (nr. 5-580); Voorstel van resolutie van 9 juli 2012 waarin de wegwerking wordt gevraagd van de belemmeringen voor orgaandonaties door levende donoren, door te zorgen voor de vergoeding van alle ten laste van de donor komende medische kosten en te zorgen voor een compensatie voor het inkomensverlies, *Parl. St. Kamer* 2011-12, nr. 53-2349/1, 4; *Vr. en Antw.* Kamer 2012-13, 18 oktober 2012, *Vr.* nr. 588 V. WARZÉE-CAVERENNE; A. PASCALEV *et al.*, o.c. in F. AMBAGTSHEER en W. WEIMAR (eds.), *The EULOD Project*, 2013, (27) 38; N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nr. 366. Deze oplossing werd al vóór de Orgaantransplantatiewet gehanteerd: W. DREESSEN, o.c., *Jura Falc.* 1984-85, (500) 525; Memorie van toelichting, *Parl. St. Senaat* 1984-85, nr. 832-1, 6; Advies Raad van State, *Parl. St. Senaat* 1984-85, nr. 832-1, 27; Verslag HANQUET, *Parl. St. Senaat* 1984-85, nr. 832-2, 11. Vgl. in dezelfde zin voor Nederland: J.E.M. AKVELD, o.c. in H.A.M.J. TEN HAVE, D.P. ENGBERTS en L.E. KALKMAN-BOGERD (eds.), *Ethiek en recht in de gezondheidszorg*, 2007, losbl., XXIII, (203) 204-205 en 210b; J.C.J. DUTE, J. LEGEMAATE *et al.*, *Handboek gezondheidsrecht*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014 (6^{de} ed.), 267. Vgl. eveneens voor de VSA: E.S. OMMEN en J.S. GILL, “The System of Health Insurance for Living Donors Is a Disincentive for Live Donation”, *Am. J. Transpl.* 2010, (747) 748.

²⁹⁸⁶ Art. 14, m van de bijlage bij het KB van 14 september 1984 tot vaststelling van de nomenclatuur van geneeskundige verstrekkingen inzake verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, *BS* 29 september 1984: “Wanneer het gaat om nieren die zijn afgenomen bij levende donors, worden de verrichte verstrekkingen en de kosten voor ziekenhuisverpleging aangerekend aan de receptor, met dien verstande dat er wordt gespecificeerd dat ze betrekking hebben op de donor”.

²⁹⁸⁷ Vgl. Advies Raad van State, *Parl. St. Senaat* 1984-85, nr. 832-1, 27; N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nr. 376, die opmerkt dat de nomenclatuur niet spreekt van gedeeltelijke leverwegneming, maar het evenmin uitsluit.

²⁹⁸⁸ N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nr. 372. Al vóór de Orgaantransplantatiewet dekte de ZIV-wet het loonverlies van de donor: Verslag HANQUET, *Parl. St. Senaat* 1984-85, nr. 832-2, 11. Indien de arbeidsongeschiktheid van de donor langer duurt dan één jaar, dan kan desgevallend worden overgegaan op een invaliditeitsuitkering (art. 93 e.v. ZIV-wet).

²⁹⁸⁹ N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nr. 372. Zie ook: Advies Raad van State, *Parl. St. Senaat* 1984-85, nr. 832-1, 28; H.J.J. LEENEN, J.C.J. DUTE en W.R. KASTELEIN, *Handboek gezondheidsrecht. Deel II. Gezondheidszorg en recht*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum, 2008 (5^{de} ed.), 289.

zorgvuldig persoon mag binnen de grenzen van de Orgaantransplantatiewet een orgaan laten wegnemen met het oog op transplantatie.

632. Levende donoren vanuit het buitenland (bv. een Nederlands familielid) zullen wellicht niet voldoen aan de voorwaarden van de Belgische ZIV-wet om op basis hiervan vergoed te worden.²⁹⁹⁰ Vanuit de EU werd aanbevolen dat de bevoegde instanties van de ontvanger een ‘humanitaire oplossing’ zoeken en de door de grensoverschrijdende donatie noodzakelijke geneeskundige verstrekkingen voor de donor vergoeden, indien deze geen vergoeding kan krijgen volgens zijn eigen wetgeving.²⁹⁹¹

Omgekeerd kan ook een Belgische donor in het buitenland een orgaanwegneming ondergaan. Dan geldt voor de grensoverschrijdende gezondheidszorg die met de wegneming gepaard gaat, dat de kosten ervan terugbetaald moeten worden indien deze zorg ook deel uitmaakt van de prestaties waarvoor de verzekerde bij gezondheidszorg in eigen land recht op terugbetaling zou hebben (art. 7 Richtlijn 2011/24/EU).²⁹⁹² Vanuit de EU werd alvast aanbevolen dat de bevoegde instanties van de donor een arbeidsongeschiktheidsuitkering verstrekken overeenkomstig de geldende wetgeving, ongeacht in welke lidstaat de orgaandonatie plaatsvond of wie de ontvanger was.²⁹⁹³

3) *KB Vergoeding Levende Donor*

633. Aangezien er bij de totstandkoming van de Orgaantransplantatiewet twijfel bestond of de ZIV-regelgeving de kosten van de donor wel zou dekken,²⁹⁹⁴ werd (oud) artikel 4, § 2 Orgaantransplantatiewet ingevoerd. In zijn oorspronkelijke versie bepaalde artikel 4, § 2 Orgaantransplantatiewet dat de Koning de regelen moet vaststellen om een vergoeding aan de levende donor toe te kennen ten laste van de overheid of van de instellingen van de maatschappelijke zekerheid die Hij aanwijst, alsook dat deze vergoeding zowel de onkosten als de inkomstenderving die het rechtstreeks gevolg zijn van de afstand van organen dekt. Zo zou de Koning aanvullende maatregelen kunnen treffen indien zou blijken dat de bestaande ZIV-regels inderdaad ontoereikend voor de donor blijken.²⁹⁹⁵

Op basis hiervan kwam het KB Vergoeding Levende Donor tot stand. Dit KB voorziet in de toekenning aan de levende donor van een vergoeding voor de kosten van geneeskundige verstrekkingen en voor de inkomstenderving ten gevolge van de arbeidsongeschiktheid ten laste van de FOD Volksgezondheid.²⁹⁹⁶ Het was niet de bedoeling om alle kosten van de levende donor volledig te vergoeden; slechts om aan alle donoren een identieke vergoeding te garanderen, ongeacht hun sociaal statuut.²⁹⁹⁷ De bedragen van deze vergoedingen lopen dan ook gelijk met die in de ziekte- en arbeidsongeschiktheidsregeling voor zelfstandigen. Voor de kosten van de geneeskundige verstrekkingen verwijst het KB Vergoeding Levende Donor naar

²⁹⁹⁰ Vgl. I. COLSON, o.c., *Orpadt forum* 2007, jaargang 7, nr 2, (27) 31, waar blijkt dat de buitenlandse kandidaat-donoren alle onkosten worden aangerekend.

²⁹⁹¹ Aanbeveling nr. S1 (2012/C 240/04) van 15 maart 2012 betreffende financiële aspecten van grensoverschrijdende orgaandonaties bij leven, *Pb. C.* 10 augustus 2012, afl. 240, 3.

²⁹⁹² Zie voor de Belgische omzetting van Richtlijn 2011/24/EU m.n.: art. 294 KB van 3 juli 1996 tot uitvoering van de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, gecoördineerd op 14 juli 1994, *BS* 31 juli 1996.

²⁹⁹³ Aanbeveling nr. S1 (2012/C 240/04) van 15 maart 2012 betreffende financiële aspecten van grensoverschrijdende orgaandonaties bij leven, *Pb. C.* 10 augustus 2012, afl. 240, 4.

²⁹⁹⁴ Advies Raad van State, *Parl. St. Senaat* 1984-85, nr. 832-1, 28

²⁹⁹⁵ Memorie van toelichting, *Parl. St. Senaat* 1984-85, nr. 832-1, 6.

²⁹⁹⁶ Art. 1 en 5 KB Vergoeding Levende Donor.

²⁹⁹⁷ Vraag nr. 3-2111 P. VANKRUNKELSVEN, *Hand. Senaat* 2006-07, 8 februari 2007, nr. 3-203, 57.

een KB van 30 juli 1964 houdende de voorwaarden waaronder de toepassing van de wet van 9 augustus 1963 tot instelling en organisatie van een regeling voor verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering tot de zelfstandigen wordt verruimd.²⁹⁹⁸ Dit KB is ondertussen vervangen door de wet van 26 maart 2007,²⁹⁹⁹ die het stelsel voor zelfstandigen gelijkschakelt met dat voor werknemers. Voor de vergoeding voor inkomstenderving verwijst KB Vergoeding Levende Donor naar het KB van 20 juli 1971 houdende instelling van een verzekering tegen arbeidsongeschiktheid ten voordele van de zelfstandigen.³⁰⁰⁰ Daarbij geldt dat de inkomstendervingsvergoeding wordt toegekend vanaf de eerste dag inkomstenderving, in tegenstelling tot artikel 7 KB van 20 juli 1971, dat een wachttijd van een maand voorschrijft.

634. De vergoeding krachtens KB Vergoeding Levende Donor is aan beperkingen onderworpen. Allereerst is vereist dat de levende donor binnen de voorwaarden van artikel 5 t.e.m. 9 Orgaantransplantatiewet verkeert.³⁰⁰¹ Weliswaar kan deze voorwaarde tot onbillijke resultaten leiden. Zo zou een donor die gedwongen wordt een orgaanwegneming te ondergaan, of een orgaan liet wegnemen zonder voldoende informatie te hebben gekregen, geen vergoeding krachtens dit KB kunnen krijgen. Zo zou de donor met andere woorden voor een tweede keer het slachtoffer worden van foutief gedrag van de arts. Dit kan niet de bedoeling zijn. Een verfijning van deze voorwaarde dringt zich op.

Vervolgens moeten de kosten van geneeskundige verstrekkingen en de inkomstenderving rechtstreeks uit de orgaanwegneming voortvloeien.³⁰⁰² Nochtans bepaalt het huidige artikel 4, § 2 Orgaantransplantatiewet dat ook de *onrechtstreekse* kosten, die verband houden met de donatie, vergoed mogen worden. Uit artikel 4, § 2, lid 2 Orgaantransplantatiewet valt zelfs af te leiden dat de Koning de voorwaarden voor de vergoeding van deze onrechtstreekse kosten *moet* bepalen.

Verder wordt de vergoeding krachtens KB Vergoeding Levende Donor slechts voor een termijn van maximum drie maanden te rekenen vanaf de orgaanwegneming toegekend.³⁰⁰³ Dit zal bij nierwegneming in principe voldoende tijd zijn om te herstellen.

Ten slotte worden de vergoedingen niet toegekend indien de levende donor aanspraak kan maken op gelijkaardige vergoedingen ingevolge een Belgische, buitenlandse of internationale wets- of reglementsbeplanning.³⁰⁰⁴ KB Vergoeding Levende donoren voorziet m.a.w. slechts in een subsidiaire vergoeding. Dit betekent dat de donor er enkel een beroep op kan doen indien er geen dekking via de ZIV-wetgeving of via een private verzekering is.³⁰⁰⁵ Het nadeel van een subsidiaire vergoeding is dat de donor twee procedures moet doorlopen en

²⁹⁹⁸ Art. 3, lid 1 KB Vergoeding Levende Donor.

²⁹⁹⁹ Nadat dit eerst vervangen was door het KB van 29 december 1997 houdende de voorwaarden waaronder de toepassing van de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, gecoördineerd op 14 juli 1994, tot de zelfstandigen en de leden van de kloostergemeenschappen wordt verruimd, BS 31 december 1997. Zie art. 36 wet van 26 maart 2007 houdende diverse bepalingen met het oog op de integratie van de kleine risico's in de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging voor de zelfstandigen, BS 27 april 2007.

³⁰⁰⁰ BS 7 augustus 1971. Zie art. 3, lid 2 KB Vergoeding Levende Donor. Zie hierover: N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nr. 372.

³⁰⁰¹ Art. 1 KB Vergoeding Levende Donor. Zie ook: J. MATTHIJS, *o.c.*, RW 1971-72, (209) 171, die vooral de naleving van de toestemmingsvoorwaarde van belang achtte.

³⁰⁰² Art. 1 *in fine* KB Vergoeding Levende Donor. Zie ook: N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nr. 365, die verduidelijkt dat de kosten en/of inkomstenderving dus niet het gevolg van een sluimerende ziekte mogen zijn.

³⁰⁰³ Art. 4 KB Vergoeding Levende Donor.

³⁰⁰⁴ Art. 2 KB Vergoeding Levende Donor.

³⁰⁰⁵ S. TACK, "[commentaar bij de Orgaantransplantatiewet]" in D. FORNACIARI, T. GOFFIN en S. TACK (eds.), *Zorginstellingen in diverse takken van het recht*, in *Larcier Wet en Duiding*, Brussel, Larcier, 2013, (179) 185, die spreekt van een hospitalisatieverzekering of een private arbeidsongeschiktheidsverzekering.

dus dubbel belast dreigt te worden.³⁰⁰⁶ Aangezien in de praktijk de kosten meestal worden gedragen via het ZIV-stelsel, wordt dit subsidiaire vergoedingssysteem (doorgaans) niet gebruikt.³⁰⁰⁷

635. Voor de kosten van de *follow-up* van levende donoren overeenkomstig artikel 9bis Orgaantransplantatiewet geldt een bijzondere regel. Krachtens artikel 10/20 KB Transplantatiecentra moeten de transplantatiecentra deze opvolging zo organiseren dat ze kosteloos is voor de donor.³⁰⁰⁸ Hoe deze organisatie er precies moet uitzien, werd niet bepaald. De Koninklijke Academie voor Geneeskunde van België meende dat de opvolgingskosten ten laste moeten vallen van het RIZIV.³⁰⁰⁹ Beleidsmatig kan hiermee worden ingestemd, gelet op het maatschappelijk belang van levende donoren. Op basis van de huidige regelgeving lijkt voorlopig slechts een gedeeltelijke terugbetaling van de consultaties en onderzoeken mogelijk, zodat de centra de remgelden zelf moeten dragen.

4) *Voorstel tot hervorming*

636. Bovenstaande vergoedingsregeling is niet vrij van kritiek. Allereerst moet worden vastgesteld dat de donor ondanks alles nog wel (de remgelden voor) bepaalde medische kosten zelf moet dragen.³⁰¹⁰ Een studie aan de KU Leuven berekende de persoonlijke kost voor de donor op ongeveer 1.900 euro voor nierdonoren.³⁰¹¹ Voor leversegmentdonoren zou dit nog meer zijn.³⁰¹² Het gebeurt wel eens dat het universitair ziekenhuis deze kosten op zich neemt.³⁰¹³ Ook indien de orgaanwegname niet doorgaat, zouden de kosten van de vooronderzoeken op de kandidaat-donor vallen.³⁰¹⁴

Verder werd gehekeld dat donor-werknemers en donor-zelfstandigen geen volledige vergoeding van hun inkomstenderving krijgen, terwijl donor-overheidsambtenaren gedurende

³⁰⁰⁶ Vgl. J. TER HEERDT, *Het experiment beproefd*, 2000, nr. 798.

³⁰⁰⁷ N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nr. 366.

³⁰⁰⁸ Zie ook: Commentary bij guiding principle 5, WHO Guiding principles on Human Cell, Tissue and Organ Transplantation (2010).

³⁰⁰⁹ Advies van 27 april 2013 over verzekeringen, medische kosten en werkonbekwaamheid inzake levende donoren, *Jaarboek en Verslagen van de Koninklijke Academie voor Geneeskunde van België* 2013, 75. In die zin ook: advies van de Nationale Raad voor ziekenhuisvoorzieningen van 12 mei 2011 m.b.t. orgaanwegname en –transplantatie, <http://www.health.belgium.be>, 7.

³⁰¹⁰ *Vr. en Antw. Kamer* 2007-08, 28 januari 2008, *Vr. nr.* 98 S. LAHAYE-BATTHEU; *Vr. en Antw. Kamer* 2010-11, 8 december 2010, *Vr. nr.* 184 M.-C. LAMBERT; Advies van 12 september 2011 over de draagwijdte en de visie die ten grondslag liggen aan de wetsvoorstellen nr. 5-666, 5-667, 5-897, 5-922 en 5-1024 over orgaandonatie, die in de Senaat worden besproken, *Jaarboek en Verslagen van de Koninklijke Academie voor Geneeskunde van België* 2011, 73; Voorstel van resolutie van 9 juli 2012 waarin de wegwerking wordt gevraagd van de belemmeringen voor orgaandonaties door levende donoren, door te zorgen voor de vergoeding van alle ten laste van de donor komende medische kosten en te zorgen voor een compensatie voor het inkomensverlies, *Parl. St. Kamer* 2011-12, nr. 53-2349/1, 4; Mondelinge vraag van de heer Philippe Mahoux aan de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid over “de orgaandonatie”, *Hand. Senaat* 2011-12 (nr. 5-580); N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nr. 366; S. PANIS, *Stamcellen en recht. Een juridische analyse van wegneming tot gebruik*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 220-221; Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2014-15, nr. 54-1161/1, 16.

³⁰¹¹ Advies van 27 april 2013 over verzekeringen, medische kosten en werkonbekwaamheid inzake levende donoren, *Jaarboek en Verslagen van de Koninklijke Academie voor Geneeskunde van België* 2013, 75; Vraag nr. 5-1181 J. BROTCCHI, *Hand. Senaat* 2010-2011, 12 juli 2011, nr. 5-93. Zie ook: “ ‘Altruïsme alleen levert niet genoeg donororganen op’ ”, *De Morgen* 15 februari 2008, 11, waar een billijke vergoeding werd berekend tussen 500 en 2.500 euro.

³⁰¹² Interview met prof. D. YSEBAERT in “Levende orgaandonoren financieel compenseren?”, *Knack* 14 november 2007, 8, waar wordt gesproken over een bedrag van 10.000 euro; Verslag BROTCCHI en TEMMERMAN, *Parl. St. Senaat* 2010-11, nr. 5-666/3, waar werd gemeld dat de kost voor leverdonatie 17.000 euro bedraagt, waarvan 14.000 euro wordt terugbetaald door de ziekteverzekering.

³⁰¹³ Dit is bv. het geval in het UZ Leuven. Deze tenlasteneming van de kosten hangt evenwel volledig af van de goede wil en het budget van het betrokkene ziekenhuis. Zie: Verslag BROTCCHI en TEMMERMAN, *Parl. St. Senaat* 2010-11, nr. 5-666/3, 40. Zie ook: N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nrs. 366 (voetnoot 1490), 352, 373, 378-379 en 382, die terecht stelt dat dit niet in strijd is met de non-commercialiteitsbepalingen.

³⁰¹⁴ A.-C. SQUIFFLET, o.c., *Ann. dr. Louvain* 2011, (357) 383; Mondelinge vraag van de heer Philippe Mahoux aan de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid over “de orgaandonatie”, *Hand. Senaat* 2011-12 (nr. 5-580); *Vr. en Antw. Kamer* 2012-13, 18 oktober 2012, *Vr. nr.* 588 V. WARZÉE-CAVERENNE. Schijnbaar *contra*: I. COLSON, o.c., *Orpadt forum* 2007, jaargang 7, nr. 2, (27) 31.

de hospitalisatie voor orgaanwegname, de navolgende herstelperiode en de vooronderzoeken betaald verlof krijgen.³⁰¹⁵ Het KB Vergoeding Levende Donor geeft geen recht op een vervollledigende vergoeding, hoewel de Koning krachtens artikel 4, § 2 Orgaantransplantatiewet wel de bevoegdheid heeft om hierin te voorzien.

Kosten waar zelden aandacht aan wordt geschonken en die evenmin worden vergoed in het huidige systeem zijn o.a. de verplaatsingskosten,³⁰¹⁶ maaltijdkosten, telefoonkosten en de kosten voor kinderopvang.³⁰¹⁷ Deze kosten zullen wellicht minder zwaar doorwegen, maar zijn niettemin een vergoedenswaardige kost voor de donor.³⁰¹⁸

Een bijzondere kostenpost waar voorlopig evenmin aandacht aan wordt geschonken, betreft de ongemakken en pijn die de donor ten gevolge van de orgaanwegname heeft geleden. Bij eiceldonatie blijkt hiervoor reeds een vergoeding te bestaan.³⁰¹⁹ Ook bij orgaandonatie behoort deze ‘morele kost’ m.i. vergoed te worden.³⁰²⁰ Hiertoe kan een forfaitair bedrag berekend worden dat net niet hoog genoeg is om een determinerende invloed op deze donatiebeslissing te hebben. Ter inspiratie kan gekeken worden naar de Indicatieve Tabel die gehanteerd wordt voor de vergoeding van persoonlijke ongeschiktheid in aansprakelijkheidszaken.

637. Hoewel sommigen menen dat de donor in praktijk wél volledig vergoed zou worden,³⁰²¹ kan men er m.i. toch niet omheen dat er niet altijd een volledige vergoeding voorhanden is. Eerder werd al gesteld dat het beperken van de financiële nadelen voor de donor van belang is voor de geoorlooftheid, meer bepaald de evenredigheid, van orgaanwegname bij leven. Ook werd het vergoedenswaardige karakter van de kosten van levende donoren bepleit.³⁰²² Bijgevolg moet het huidige vergoedingssysteem (incl. de nomenclatuur) worden aangepast zodat orgaanwegname voor de donor financieel neutraal is.³⁰²³ De kostprijs van deze

³⁰¹⁵ Werknemers krijgen tijdens het eerste jaar arbeidsongeschiktheid een uitkering met max. 45% loonverlies (art. 87, lid 1 ZIV-wet). In het begin van de arbeidsongeschiktheid zal echter de werkgever nog enige tijd loon verschuldigd zijn (art. 52 en 70 wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, *BS* 22 augustus 1978), zodat er dan nog geen uitkering wordt ontvangen (art. 103, § 1, 1° ZIV-wet). Zelfstandigen krijgen slechts een forfaitaire vergoeding na de eerste maand vanaf de arbeidsongeschiktheid (art. 7 en 9 e.v. KB van 20 juli 1971, *BS* 7 augustus 1971). De wettelijke basis voor het verlof van overheidsambtenaren is art. 23 KB van 19 november 1998 betreffende de verloven en afwezigheden toegestaan aan de personeelsleden van de rijksbesturen, *BS* 28 november 1998. Zie de kritiek in: Advies van 12 september 2011 over de draagwijdte en de visie die ten grondslag liggen aan de wetsvoorstellen nr. 5-666, 5-667, 5-897, 5-922 en 5-1024 over orgaandonatie, die in de Senaat worden besproken, *Jaarboek en Verslagen van de Koninklijke Academie voor Geneeskunde van België* 2011, 73 en Advies van 27 april 2013 over verzekeringen, medische kosten en werkonbekwaamheid inzake levende donoren, *Jaarboek en Verslagen van de Koninklijke Academie voor Geneeskunde van België* 2013, 75, dat spreekt van discriminatie; Voorstel van resolutie van 9 juli 2012 waarin de werkgroep wordt gevraagd van de belemmeringen voor orgaandonaties door levende donoren, door te zorgen voor de vergoeding van alle ten laste van de donor komende medische kosten en te zorgen voor een compensatie voor het inkomensverlies, *Parl. St. Kamer* 2011-12, nr. 53-2349/1, 5. Zie ook: A.-C. SQUIFFLET, o.c., *Ann. dr. Louvain* 2011, (357) 383; Vraag nr. 3-2111 P. VANKRUNKELSVEN, *Hand. Senaat* 2006-07, 8 februari 2007, nr. 3-203, 57; *Vr. en Antw. Senaat* 2009-10, 2 september 2009 (Vr. nr. 4-4246 P. WILLE).

³⁰¹⁶ S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 220.

³⁰¹⁷ I. COLSON, o.c., *Orpadt forum* 2007, jaargang 7, nr. 2, (27) 31; N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nr. 378.

³⁰¹⁸ Zie: European Parliament resolution of 19 May 2010 in the Commission Communication: Action plan on Organ Donation and Transplantation (2009-2015): Strengthened Cooperation between Member States (2009/2104(INI)), <http://www.europarl.europa.eu>, nr. 15; Recommendation 4, Working Group 1, Recommendations for the legislation and procedures for living donation, www.eulivingdonor.eu (over de reiskosten).

³⁰¹⁹ N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nr. 382.

³⁰²⁰ Zie ook: R.A. SELLS, o.c. in W. LAND en J.B. DOSSETOR (eds.), *Organ Replacement Therapy*, 1991, (18) 23; A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, 1999, 180 en 192; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 380 en 407; N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nr. 382, maar enkel als het ongemak voor de donor erg hoog is.

³⁰²¹ Interview met mevr. L. Maertens in “Levende orgaandonoren financieel compenseren?”, *Knack* 14 november 2007, 8; *Vr. en Antw. Kamer* 2007-08, 28 januari 2008, Vr. nr. 98 S. LAHAYE-BATTHEU.

³⁰²² Zie *supra* C.1. van deze paragraaf.

³⁰²³ A.-C. SQUIFFLET, o.c., *Ann. dr. Louvain* 2011, (357) 383; European Parliament resolution of 19 May 2010 in the Commission Communication: Action plan on Organ Donation and Transplantation (2009-2015): Strengthened Cooperation between Member States

vergoeding voor de nationale solidariteit kan alvast niet als een sterk tegenargument gelden. Het aantal gevallen van levende donoren is nog veeleer beperkt, zodat de impact op het nationale budget klein is.³⁰²⁴ Bovendien kan worden verondersteld dat deze kost opweegt tegen de kosten van dialyse en de minder goede resultaten die dialyse voor de nierpatiënt heeft.³⁰²⁵

Door de minister van Volksgezondheid werden al stappen in de goede richting gezet. In 2009 werd bij één transplantatiecentrum een studie voor de berekening van de kosten van nierdonoren besteld. De resultaten van deze studie werden overgemaakt aan het RIZIV, waar hier rond een werkgroep werd opgericht. Op advies van de Belgische Transplantatieraad werd beslist om de studie uit te breiden naar de andere transplantatiecentra. Dit alles zou uiteindelijk moeten toelaten om een nieuwe KB op basis van artikel 4, § 2 Orgaantransplantatiewet uit te werken.³⁰²⁶ Daarnaast werd in 2015 ter stimulering van levende donatie aan de Koning de bevoegdheid gegeven om, na overleg met de Ministerraad, het persoonlijk aandeel in de geneeskundige verstrekkingen verleend aan levende orgaandonoren (lees: de remgelden) volledig of gedeeltelijk af te schaffen.³⁰²⁷ Er werd hierbij in het Nationaal akkoord artsen-ziekenfondsen een bedrag van 0,263 miljoen euro voorzien voor de problematiek van levende donoren.³⁰²⁸ Het verdient m.i. aanbeveling om ook eens te kijken naar Nederland, dat op het vlak van levende donoren al veel meer ervaring heeft dan België. Er kan meer bepaald inspiratie gezocht worden in de door de Nederlandse Transplantatie Stichting uitgevoerde ‘Subsidieregeling donatie bij leven’ inzake nier- en leversegmentdonatie.³⁰²⁹ Deze bevat een aanzienlijk uitgewerkte regeling voor de vergoeding van onder andere de inkomstenderving, de kosten van de zorg, de huishoudelijke verzorging en de reiskosten van de levende donor.

638. Tot dusver werd enkel aandacht besteed aan de levende donor zelf. Artikel 4, § 2 Orgaantransplantatiewet spreekt ook enkel over de vergoeding van de donor. Nochtans kan ook gedacht worden aan de personen (met name echtgenoten of ouders) die de donor naar aanleiding van de orgaanwegname bijstaan en hierdoor eveneens financiële nadelen ondervinden.³⁰³⁰ Er valt met name te denken aan verplaatsingskosten en inkomstenderving.³⁰³¹

(2009/2104(INI)), <http://www.europarl.europa.eu>, nr. 28; N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nrs. 379 en 382-384, die daarbij stelt dat het niet uitmaakt of de vergoeding via een verzekering, dan wel via een fonds plaatsvindt.

³⁰²⁴ Advies van 27 april 2013 over verzekeringen, medische kosten en werkonbekwaamheid inzake levende donoren, *Jaarboek en Verslagen van de Koninklijke Academie voor Geneeskunde van België* 2013, 75.

³⁰²⁵ A. LENNERLING *et al.*, o.c., *Transplant Int.* 2013, vol. 26, (145) 151. Zie ook: Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2014-15, nr. 54-1161/1, 16.

³⁰²⁶ Verslag BURGEON, *Parl. St. Kamer* 2011-12, nr. 2158/2, 16; Verslag MAHOUX en LIJNEN, *Parl. St. Senaat* 2011-12, nr. 5-1641/2, 7 en 8; Mondelinge vraag van de heer Philippe Mahoux aan de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid over “de orgaandonatie”, *Hand. Senaat* 2011-12 (nr. 5-580); Vraag nr. 5-1181 J. BROTHI, *Hand. Senaat* 2010-2011, 12 juli 2011, nr. 5-93. Zie ook al: Voorstel van resolutie van 9 juli 2012 waarin de wegwerking wordt gevraagd van de belemmeringen voor orgaandonaties door levende donoren, door te zorgen voor de vergoeding van alle ten laste van de donor komende medische kosten en te zorgen voor een compensatie voor het inkomensverlies, *Parl. St. Kamer* 2011-12, nr. 53-2349/1, 7 (heringediend als: Voorstel van resolutie van 9 juli 2014, *Parl. St. Kamer* 2014, nr. 54-49/1).

³⁰²⁷ Art. 37, § 16 *quater* ZIV-wet, gewijzigd bij art. 19 Wet van 17 juli 2015 houdende diverse bepalingen inzake gezondheid, *BS* 17 augustus 2015; Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2014-15, nr. 54-1161/1, 4 en 16; Verslag DEDRY, *Parl. St. Kamer* 2014-15, nr. 54-1161/4, 26, waar genuanceerd werd gesteld dat dit een verhoging van het aantal levende donoren beoogt, maar is bedoeld als een al te dierste vorm van rekrutering.

³⁰²⁸ Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2014-15, nr. 54-1161/1, 16; Verslag DEDRY, *Parl. St. Kamer* 2014-15, nr. 54-1161/4, 25.

³⁰²⁹ Regeling van de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport van 12 mei 2009, nr. GMT/IB/2929135, houdende tegemoetkoming in kosten voor het ter beschikking stellen van een orgaan bij leven, www.wetten.overheid.nl. Zie evenwel: J.H. HUBBEN en M.J.H. SLOOFF, “Leverdonor niet langer kind van de rekening”, *Ned. T. Gen.* 2010, 882-883, waar blijkt dat de regeling voor inkomstenderving nog ontoereikend is.

³⁰³⁰ K.S. CLARKE *et al.*, o.c., *Nephrol. Dial. Transplant.* 2006, vol. 21, (1952) 1958.

³⁰³¹ Vgl. GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 114-115.

Er zal vanzelfsprekend geen risico zijn op orgaanhandel en de bijhorende gevaren indien deze personen louter vergoed worden voor gemaakte kosten in het raam van hun bijstand aan de donor. Dergelijke vergoeding is tot op zekere hoogte ook wenselijk. Morele steun voor de levende donor verkleint de psychosociale risico's voor de donor.³⁰³² Er kan worden verwacht dat een vergoeding voor een naaste de drempel voor ononderbroken steun zal verlagen. Dit draagt bij tot de aanvaardbaarheid van de orgaanwegname. Ook zou het mogelijk de donatiebereidheid kunnen vergroten. Weliswaar moet dit binnen de redelijke perken blijven. Het is zeker niet nodig dat de hele familie steeds aanwezig is en hiervoor vergoed wordt. Het kan volstaan dat de persoon die het dichtst bij de donor staat, vergoed wordt. In onder meer Nederland (art. 4, lid 1, d Subsidieregeling donatie bij leven), Frankrijk (art. R1211-7 Code de la Santé Publique) en de Verenigde Staten (42 U.S.C. §274f, d) werd de vergoedbaarheid van sommige kosten van begeleidende personen al onder bepaalde voorwaarden aanvaard.

5. Specifieke bescherming

a. Voorstel tot bescherming tegen verzekeringsdiscriminatie

639. Er zouden in België gevallen bekend zijn waarbij levende donoren omwille van de orgaanwegname hogere premies moeten betalen of zelfs geweigerd worden voor o.a. levensverzekeringen of schuldsaldoverzekeringen (die van belang zijn bij het aangaan van hypothecaire leningen).³⁰³³ Dit betreft vanzelfsprekend een 'kost' voor de levende donor en kan als zodanig een hinderpaal vormen voor het nemen van een donatiebeslissing.³⁰³⁴ Gezien het belang van levende donoren voor de transplantatiepraktijk moet uiteraard ook deze kost zoveel mogelijk worden ingeperkt.³⁰³⁵

In Frankrijk werd deze verzekeringskwestie aangepakt via een wetgevend optreden. Artikel L111-8 Code des Assurances bepaalt sinds 2011 dat: "*Toute discrimination directe ou indirecte fondée sur la prise en compte d'un don d'organes comme facteur de refus de contrat d'assurance ou dans le calcul des primes et des prestations du donneur ayant pour effet des différences en matière de primes et de prestations est interdite*". Er bleek hiertoe immers een grote vraag vanuit donorverenigingen te bestaan.³⁰³⁶ Ook in België werden in navolging van de Franse wetgever al enkele wetsvoorstellen in gelijkaardige zin ingediend, maar zonder succes.³⁰³⁷ De vraag rijst of dergelijk wetgevend ingrijpen inderdaad wenselijk is. In wat volgt wordt ingegaan op de drie overwegingen die m.i. bij deze vraag centraal staan.

³⁰³² Zie *supra* B.2.e. van deze paragraaf.

³⁰³³ Vraag nr. 3-2111 P. VANKRUNKELSVEN, *Hand. Senaat* 2006-07, 8 februari 2007, nr. 3-203, 57; Advies van 12 september 2011 over de draagwijdte en de visie die ten grondslag liggen aan de wetsvoorstellen nr. 5-666, 5-667, 5-897, 5-922 en 5-1024 over orgaandonatie, die in de Senaat worden besproken, *Jaarboek en Verslagen van de Koninklijke Academie voor Geneeskunde van België* 2011, 73; Wetsvoorstel van 9 juli 2012 tot wijziging van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst, wat de orgaandonatie betreft, *Parl. St. Kamer* 2011-12, nr. 53-2348/1, 5, waar weliswaar werd toegegeven dat er hierover weinig cijfergegevens bekend zijn; A. PASCALEV *et al.*, o.c. in F. AMBAGTSHEER en W. WEIMAR (eds.), *The EULOD Project*, 2013, (27) 42.

³⁰³⁴ Wetsvoorstel van 9 juli 2012 tot wijziging van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst, wat de orgaandonatie betreft, *Parl. St. Kamer* 2011-12, nr. 53-2348/1, 4; Amendement nr. 3 van mevr. FONCK, *Parl. St.* 2014-15, nr. 54-1161/3, 4.

³⁰³⁵ Vgl. GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 75; Recommendation 4, Working Group 1, Recommendations for the legislation and procedures for living donation, www.eulivingdonor.eu.

³⁰³⁶ Rapport M.J. LEONETTI, n° 3403, 11 mei 2001, *Projet de loi relatif à la bioéthique*, <http://www.assemblee-nationale.fr>, 38.

³⁰³⁷ Wetsvoorstel van 24 maart 2011 tot wijziging van de wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, *Parl. St. Senaat* 2010-2011, nr. 5-897/1, 5 (beperkt tot nierdonatie en levens- en hospitalisatieverzekeringen); Wetsvoorstel van 9 juli 2012 tot wijziging van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst, wat de orgaandonatie betreft, *Parl. St. Kamer* 2011-12, nr. 53-2348/1, 6; Wetsvoorstel van 9 juli 2014 tot wijziging van de wet van 4 april 2014 betreffende de verzekeringen, wat de orgaandonatie betreft, *Parl. St. Kamer* 2014-2015, nr. 54-52/1.

640. Allereerst schuilt er een argument tegen een specifiek discriminatieverbod in de vaststelling dat er, volgens onder meer Assuralia, in de Belgische verzekeringspraktijk geen premieverhogingen of verzekeringsweigering omwille van (nier)donatie zouden plaatsvinden.³⁰³⁸ Een wetgevend optreden zou dus niet nodig zijn.

Nochtans volstaat deze vaststelling niet om geen explicietere bescherming te bieden. De huidige verzekeringspraktijk is te vrijblijvend; een wettelijke garantie zou bovendien een duidelijk positief signaal geven aan potentiële donoren.³⁰³⁹

641. Vervolgens kan een argument vóór een specifieke wetsbepaling ten gunste van orgaandonoren worden gevonden in artikel 62, lid 1 wet van 4 april 2014 betreffende de verzekeringen³⁰⁴⁰ (verkort: Wet Verzekeringen). Krachtens deze bepaling kan de verzekeraar niet verplicht worden dekking te verlenen aan hem die het schadegeval opzettelijk heeft veroorzaakt. Er kan gevreesd worden dat verzekeraars de orgaanwegname als een opzettelijke veroorzaking van schade zouden beschouwen om dekking te weigeren.³⁰⁴¹ Een expliciete wetsbepaling zou dergelijke dekkingsweigering kunnen verbieden.

Dit argument overtuigt echter niet volledig. Zowel uit de tekst van de wet, als uit de geest van de wet (o.a. consumentenbescherming) moet worden afgeleid dat ‘opzet’ in de zin van artikel 62, lid 1 Wet Verzekeringen niet enkel vereist dat de handeling wetens en willens werd gesteld, maar ook dat de intentie bestond om schade te veroorzaken.³⁰⁴² Deze invulling werd ook door het Hof van Cassatie in de arresten van 24 april 2009 en van 26 oktober 2011 aangenomen.³⁰⁴³ Welnu, een levende donor mag een orgaanwegname slechts wetens en willens ondergaan,³⁰⁴⁴ maar hij zal normaal niet de intentie hebben om bij zichzelf schade te doen ontstaan, buiten dan de noodzakelijke schade zoals het verlies van een orgaan en de tijdelijke arbeidsongeschiktheid. Een orgaandonor die bv. een levensverzekering heeft en die vervroegd overlijdt ingevolge de orgaanwegname mag dus niet geacht worden het schadegeval (overlijden) opzettelijk te hebben veroorzaakt.

642. Uiteindelijk kan worden aangevoerd dat een specifiek discriminatieverbod niet nodig is, aangezien de donor zich al zou kunnen beroepen op de bescherming van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie³⁰⁴⁵ (verkort: Antidiscriminatiewet). Deze wet verbiedt iedere vorm van discriminatie door onder meer discriminerende contractsclausules als nietig te beschouwen en de mogelijkheid tot schadevergoeding overeenkomstig het contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht te

³⁰³⁸ Wetsvoorstel van 24 maart 2011 tot wijziging van de wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, *Parl. St.* Senaat 2010-2011, nr. 5-897/1, 2 en 3; Advies van 27 april 2013 over verzekeringen, medische kosten en werkonbekwaamheid inzake levende donoren, *Jaarboek en Verslagen van de Koninklijke Academie voor Geneeskunde van België* 2013, 75, waar ook werd gemeld dat er nog wel een wachttijd van enkele maanden geldt, zodat de Koninklijke Academie aanraadt dat potentiële donoren een verzekering aangaan zodra zij orgaanwegname overwegen; *Vr. en Antw.* Kamer 2013-14, 14 oktober 2013, 177, *Vr. nr.* 433 M.-C. LAMBERT.

³⁰³⁹ Wetsvoorstel van 24 maart 2011 tot wijziging van de wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, *Parl. St.* Senaat 2010-2011, nr. 5-897/1, 2. Zie ook: Wetsvoorstel van 9 juli 2012 tot wijziging van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst, wat de orgaandonatie betreft, *Parl. St.* Kamer 2011-12, nr. 53-2348/1, 5, waar een wetswijziging nodig werd geacht opdat België haar toppositie inzake transplantatie zou behouden.

³⁰⁴⁰ *BS* 30 april 2014.

³⁰⁴¹ In die zin: *Vr. en antw.* Kamer 2010-11, 17 december 2010, 42 (*Vr. nr.* 195 M.-C. LAMBERT); Wetsvoorstel van 9 juli 2012 tot wijziging van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst, wat de orgaandonatie betreft, *Parl. St.* Kamer 2011-12, nr. 53-2348/1, 4; *Vr. en Antw.* Kamer 2013-14, 14 oktober 2013, 177, *Vr. nr.* 433 M.-C. LAMBERT. Zie ook reeds: H.J.J. LEENEN, o.c., *NJB* 1978, (871) 873.

³⁰⁴² D. WUYTS, *Verzekeringsfraude*, 2014, 156-157.

³⁰⁴³ Cass. 24 april 2009, nr. C.07.0471.N, www.cass.be; Cass. 26 oktober 2011, nr. P.11.0561.F, www.cass.be.

³⁰⁴⁴ Art. 8, § 1 Orgaantransplantatiewet en *supra* Hoofdstuk III, Afd. 3 van dit Deel.

³⁰⁴⁵ *BS* 30 mei 2007.

bevestigen.³⁰⁴⁶ Deze wet is onder andere op verzekeringsdiensten van toepassing.³⁰⁴⁷ Er is in principe sprake van directe discriminatie in geval van direct onderscheid op basis van één van de wettelijk beschermde criteria.³⁰⁴⁸ Voor premieverhoging of verzekeringsweigering wegens donorschap kunnen de gezondheidstoestand van de donor of de fysieke eigenschap van het ontbrekende orgaan als beschermde criteria worden ingeroepen.³⁰⁴⁹

Er zal weliswaar geen directe discriminatie zijn indien dit directe onderscheid objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.³⁰⁵⁰ Het vereiste van een objectief onderscheidscriterium houdt in dat het verschil duidelijk feitelijk vaststelbaar is.³⁰⁵¹ Voor het ‘donorschap’ zal dit geen probleem zijn. Het legitiem doel kan gezocht worden in de verzekeringstechniek. Deze bestaat erin risico’s te rangschikken in categorieën en voor elk van deze categorieën een aangepaste verzekeringspremie te voorzien (segmentering en differentiëring). Een gezonde bedrijfsvoering vereist immers dat de verzekeraar veel klanten aantrekt en winst kan maken, zodat hij geen te hoge of te lage premies naargelang het risico kan aanbieden. Een risicogroep moet bestaan uit gelijke risico’s (kanssolidariteit) om te vermijden dat verzekerden met lage risico’s en te hoge premies naar een andere verzekeraar gaan (anti-selectie) en dat verzekerden met hoge risico’s en te lage premies geen stimulans tot risicobeperkingen meer zouden hebben (*moral hazard*).³⁰⁵² Dat het onderscheidscriterium passend moet zijn om dit doel te bereiken, impliceert dat het criterium in oorzakelijk verband moet staan met het gedifferentieerde risico (pertinentie).³⁰⁵³ Wat nierdonatie betreft, is er aanzienlijk wetenschappelijk bewijs dat de nierwegneming geen verhoogd risico voor de gezondheid en overleving van de donor meebrengt. Integendeel zelfs, levende nierdonoren lijken een hogere levensverwachting dan de gemiddelde bevolking te hebben.³⁰⁵⁴ Bijgevolg kan premieverhoging of verzekeringsweigering omwille van nierdonorschap *an sich* een directe discriminatie uitmaken en dus verboden zijn. Volgens de Koninklijke Academie voor Geneeskunde van België zou hetzelfde opgaan voor leversegmentdonoren.³⁰⁵⁵

Buiten deze gevallen kan niet worden uitgesloten dat het donorschap wel een invloed heeft op het verzekerde risico en dus wel een passend criterium kan zijn.³⁰⁵⁶ Differentiëring op basis van donorschap zal dan mogelijk zijn. De voorwaarde van een passend en noodzakelijk criterium impliceert echter nog wel dat deze differentiëring evenredig is en hetzelfde resultaat niet via een minder verregaande maatregel kan worden bereikt.³⁰⁵⁷ Hierbij rijst de vraag of de

³⁰⁴⁶ Art. 14, 15 en 18 Anti-discriminatiewet.

³⁰⁴⁷ Art. 5, § 1, 1° Anti-discriminatiewet. Zie ook specifiek: art. 44 Wet Verzekeringen.

³⁰⁴⁸ Art. 7 Anti-discriminatiewet.

³⁰⁴⁹ De lijst van beschermde criteria is te vinden in art. 4, 4° Anti-discriminatiewet.

³⁰⁵⁰ Art. 7 Anti-discriminatiewet.

³⁰⁵¹ J. VELAERS, “De objectieve en redelijke rechtvaardiging” als ultieme toetssteen van ongelijke behandeling in verzekeringszaken” in C. VAN SCHOU BROECK en H. COUSY (eds.), *Discriminatie en verzekering*, Antwerpen, Maklu, 2006, (85) 94.

³⁰⁵² J. VELAERS, o.c. in C. VAN SCHOU BROECK en H. COUSY (eds.), *Discriminatie en verzekering*, 2006 (85) 92-93; C. VAN SCHOU BROECK en Y. THIERY, “Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen” in C. VAN SCHOU BROECK en H. COUSY (eds.), *Discriminatie en verzekering*, 2006 (137) 170-172.

³⁰⁵³ J. VELAERS, o.c. in C. VAN SCHOU BROECK en H. COUSY (eds.), *Discriminatie en verzekering*, 2006 (85) 98.

³⁰⁵⁴ Zie al *supra* A.2. van deze paragraaf. Zie ook: R.C. YANG *et al.*, “Life Insurance for Living Kidney Donors: A Canadian Undercover Investigation”, *Am. J. Transpl.* 2009, vol. 9, (1585) 1588; Wetsvoorstel van 24 maart 2011 tot wijziging van de wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, *Parl. St.* Senaat 2010-2011, nr. 5-897/1, 2 en 3; Wetsvoorstel van 9 juli 2012 tot wijziging van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst, wat de orgaandonatie betreft, *Parl. St.* Kamer 2011-12, nr. 53-2348/1, 5; *Vr. en Antw.* Kamer 2013-14, 14 oktober 2013, 177, Vr. nr. 433 M.-C. LAMBERT.

³⁰⁵⁵ Advies van 27 april 2013 over verzekeringen, medische kosten en werkonbekwaamheid inzake levende donoren, *Jaarboek en Verslagen van de Koninklijke Academie voor Geneeskunde van België* 2013, 75.

³⁰⁵⁶ Ook in die zin: *Vr. en Antw.* Kamer 2013-14, 14 oktober 2013, 177, Vr. nr. 433 M.-C. LAMBERT.

³⁰⁵⁷ J. VELAERS, o.c. in C. VAN SCHOU BROECK en H. COUSY (eds.), *Discriminatie en verzekering*, 2006 (85) 105 e.v.

wetgever alsnog dergelijke differentiëring hoort te verbieden. Een wettelijke bepaling in die zin zou de kwalificatie van discriminatie verhinderen, voor zover deze bepaling uiteraard strookt met het grondwettelijk, Europeesrechtelijk en internationaal recht.³⁰⁵⁸ Een antwoord op deze vraag vereist in ieder geval een belangenafweging. Voor de levende donor is het vanzelfsprekend van belang dat hij zijn zelfbepalingsrecht bij wijze van orgaanwegneming kan uitoefenen zonder financieel benadeeld te worden. Aangezien dergelijk nadeel de donatiebereidheid van potentiële donoren kan beïnvloeden, zal ook het gezondheidsbelang van de ontvanger gebaat zijn bij een differentiëringsverbod. Daartegenover staan de concurrentiële belangen van de verzekeraar³⁰⁵⁹ en de belangen van andere verzekeringsnemers, die via hogere premies het risico van de orgaandonor mee moeten dragen. Op de keper beschouwd kan voorlopig worden gespeculeerd dat het aantal levende niet-nierdonoren veeleer gering zal zijn, zodat de financiële impact op de verzekeraar en de overige verzekeringsnemers beperkt zal blijven en niet zal doorwegen op de belangen van donor en ontvanger. Ook het *moral hazard* lijkt hier niet echt aanwezig, nu moeilijk valt in te zien dat een levende donor wegens de verzekeringsdekking zijn gezondheid minder goed zal behartigen. Hoewel de nationale solidariteit evengoed deze ‘verzekeringskost’ zou kunnen dragen, lijkt het vanuit verzekeringstechnisch oogpunt beter om de verzekering volledig aan de verzekeraars over te laten. Voor een verbod op differentiëring op grond van donorschap valt dus wel wat te zeggen.

b. Voorstel tot ontslagbescherming

643. In de Verenigde Staten zijn er gevallen bekend waarbij de levende donor werd ontslagen naar aanleiding van zijn beslissing tot orgaanwegneming. In de zaak *Delaney v. Signature Health Care Foundation* ging het om een bediende die kort na haar aanwerving vernam dat haar broer nood had aan een niertransplantatie om te overleven.³⁰⁶⁰ Ze gaf zich op als donor en verzocht haar werkgever om vier weken verlof. Hoewel haar werkgever aanvankelijk dit verlof goedkeurde, liet hij haar drie dagen voor de ingreep weten dat hij haar positie geen vier weken kon vrijhouden. Vervolgens ontsloeg hij haar. Het hof van beroep te Missouri sprak zich hierover afkeurend uit. Zo werd geoordeeld dat orgaandonatie een daad is die overeenkomstig de *public policy* van de staat Missouri wordt aangemoedigd en dat dergelijke daden geen reden kunnen zijn voor ontslag.

Hoewel er in België nog geen dergelijke zaken werden bekendgemaakt, werd ook hier blijkbaar gevreesd voor het risico op ontslag wegens afwezigheid van het werk ingevolge orgaandonatie. Om deze reden werd reeds enkele malen voorgesteld om een wettelijk ontslagverbod op grond van orgaandonatie in te voeren, waarvan de schending zou leiden tot forfaitaire schadevergoeding.³⁰⁶¹ Geen van deze voorstellen bracht het echter tot een wet. Voorlopig geldt er inzake orgaandonatie dus geen specifiek ontslagverbod. De donor kan hoogstens het ontslag wegens orgaandonatie proberen aan te vechten via het verbod op

³⁰⁵⁸ Art. 11 Anti-discriminatiewet.

³⁰⁵⁹ Vgl. J. VELAERS, o.c. in C. VAN SCHOU BROECK en H. COUSY (eds.), *Discriminatie en verzekering*, Antwerpen, Maklu, 2006, (85) 108.

³⁰⁶⁰ *Delaney v. Signature Health Care Foundation* [2012], 376 S.W.3d 55. Zie ook: “Nier afgestaan voor bazin en dan koudweg ontslagen”, *Het Nieuwsblad* 26 april 2012.

³⁰⁶¹ Wetsvoorstel van 28 juni 2011 met betrekking tot de ontslagbescherming van werknemers die potentiële orgaandonoren zijn, *Parl. St.* Senaat 2010-11, nr. 5-1130/1, 3; Wetsvoorstel van 22 november 2012 betreffende de ontslagbescherming van werknemers die orgaandonoren zijn, *Parl. St.* Kamer 2012-13, nr. 53-2515/1, 6; Wetsvoorstel van 19 augustus 2014, met betrekking tot de ontslagbescherming van werknemers die potentiële orgaandonoren zijn, *Parl. St.* Kamer 2014, nr. 54-128/1; Wetsvoorstel van 24 oktober 2014 betreffende de ontslagbescherming van werknemers die orgaandonoren zijn, *Parl. St.* 2014-15, nr. 54-501/1.

willekeurig ontslag, dat echter enkel geldt voor werklieden,³⁰⁶² of via de leer van het misbruik van ontslagrecht, dat echter slechts marginaal door de rechter wordt getoetst en moeilijk te bewijzen is.³⁰⁶³

Niettemin werd het plan om een specifieke ontslagbescherming voor orgaandonoren te creëren, niet verlaten. Dit plan zou worden besproken binnen de Nationale Arbeidsraad, die zich alvast positief uitte ten aanzien van dergelijke doelstelling.³⁰⁶⁴ Hierbij kan teruggekoppeld worden naar de beleidsredenering in de zaak *Delaney v. Signature Health Care Foundation*,³⁰⁶⁵ die *mutatis mutandis* ook in België kan worden gevolgd. De Orgaantransplantatiewet en het transplantatiebeleid in het algemeen zijn gericht op de bestrijding van het orgaantekort.³⁰⁶⁶ Het hoeft geen betoog dat een ontslagbescherming een gunstige invloed kan hebben op de donatiebeslissing en dus kan helpen het aantal orgaandonaties te bevorderen.³⁰⁶⁷ Uit artikel 4, § 2 Orgaantransplantatiewet en KB Vergoeding Levende Donor³⁰⁶⁸ blijkt impliciet het belang van bescherming van de levende donor tegen inkomstenverlies ten gevolge van een orgaanwegneming. Het zou enigszins tegenstrijdig zijn dat de donor dan niet zou worden beschermd tegen ontslag. Het belang van de werkgever bij het goed functioneren van zijn onderneming zal normaal niet ernstig worden aangetast door de tijdelijke afwezigheid van de donor en zal doorgaans dan ook niet opwegen tegen het gezondheidsbelang van de ontvanger. Er kan verder nog de vergelijking worden gemaakt met de ontslagbescherming voor zwangere vrouwen,³⁰⁶⁹ die zoals orgaandonoren arbeidsongeschikt zijn door een vrijwillige keuze, maar daarmee een sociaal behartigenswaardige daad (nl. het creëren van leven) stellen.³⁰⁷⁰ Er valt bijgevolg te hopen dat er alsnog werk wordt gemaakt van een wettelijk ontslagverbod.

§ 3. EXTERNE KOSTEN-BATENANALYSE

644. Naast de belangen van de levende donor bestaan er bij orgaantransplantatie ook andere belangen. Er kan een onderscheid worden gemaakt tussen de belangen van de ontvanger (*infra* A), het algemeen belang (*infra* B) en de belangen van de naasten van de donor (*infra* C). In wat volgt wordt onderzocht welke rol deze belangen spelen bij het beoordelen van de aanvaardbaarheid of evenredigheid van orgaanwegneming bij leven met transplantatieoogmerk.

³⁰⁶² Art. 63 wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, BS 22 augustus 1978.

³⁰⁶³ W. VAN EECKHOUTTE, *Handboek Belgisch Arbeidsrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, 2008, 376-382; W. VANDEPUTTE, *Ontslagrecht en de arbeidsmarkt. Naar een modernisering van het Belgische ontslagrecht*, Brugge, Die Keure, 2012, 540.

³⁰⁶⁴ Advies van de Nationale Arbeidsraad van 22 juli 2013, *Parl. St.* Kamer 2012-13, nr. 53-2515/2, 3; Mondelinge vraag van mevrouw Fabienne Winckel aan de minister van Werk over “de ontslagbescherming van werknemers die orgaandonoren zijn”, *Hand. Senaat* 2013-14 (nr. 5-1234).

³⁰⁶⁵ *Delaney v. Signature Health Care Foundation* [2012], 376 S.W.3d 55. Zie ook: “Nier afgestaan voor bazin en dan koudweg ontslagen”, *Het Nieuwsblad* 26 april 2012.

³⁰⁶⁶ Zie *supra* Deel II, Hoofdstuk I, Afd. 1, § 1.

³⁰⁶⁷ Vgl. Wetsvoorstel van 28 juni 2011 met betrekking tot de ontslagbescherming van werknemers die potentiële orgaandonoren zijn, *Parl. St.* Senaat 2010-11, nr. 5-1130/1, 2.

³⁰⁶⁸ Cf. *supra* C.4.b. van deze paragraaf.

³⁰⁶⁹ Art. 40 Arbeidswet van 16 maart 1971, BS 30 maart 1971.

³⁰⁷⁰ Vgl. M. NAVARRO-MICHEL, “Institutional organisation and transplanting the ‘Spanish Model’” in A.-M. FARRELL, D. PRICE en M. QUIGLEY (eds.), *Organ shortage*, 2011, (151) 155.

A. De ontvanger

1. Relevantie van de gevolgen voor de ontvanger

645. De eerste vraag die kan worden gesteld, is of de gevolgen voor de ontvanger wettelijk gezien de aanvaardbaarheid van orgaanwegneming bij de levende donor mogen beïnvloeden. Artikel 3, § 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet, dat het onaanvaardbaarheids criterium bevat, maakt immers slechts uitdrukkelijk melding van de gezondheidsrisico's voor de levende donor zelf. Niettemin moet de Orgaantransplantatiewet zo veel mogelijk als een coherent geheel geïnterpreteerd worden. Er kan dan worden gekeken naar artikel 6 Orgaantransplantatiewet, dat het *ultimum remedium*-criterium bevat en waar wél duidelijk rekening moet worden gehouden met de gevolgen voor de ontvanger.³⁰⁷¹ Ook de wettelijke definitie van donatie gaat in die richting. Donatie is immers het doneren van organen voor *transplantatie*, wat een therapeutisch oogmerk voor de ontvanger veronderstelt.³⁰⁷² Dit impliceert dat de levende donor niet kan doneren indien er geen succesvolle transplantatie kan verwacht worden.³⁰⁷³ Bovendien wou de wetgever met de Orgaantransplantatiewet een verantwoord evenwicht vinden tussen enerzijds het efficiënt uitbouwen van orgaantransplantatie en anderzijds de eerbied voor de persoonlijkheidsrechten op lichaam en lijk.³⁰⁷⁴ De *ratio legis* steunt met andere woorden op een afweging tussen de belang van de ontvanger en de belangen van de donor. Logischerwijze moet op juridisch vlak m.i. dan ook worden aangenomen dat artikel 3, § 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet zich niet verzet tegen het incorporeren van de gevolgen voor de ontvanger in de aanvaardbaarheidsbeoordeling. Het valt wel te betreuren dat artikel 3, § 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet dit zelf niet duidelijker weerspiegelt.

646. Vervolgens rijst de vraag of het überhaupt wel verantwoord is, los van het huidige positiefrechtelijke kader, om de gevolgen voor de ontvanger te betrekken bij de beoordeling van de levende donor. Zelfs de auteurs die een afweging tussen donor en ontvanger onderschrijven, geven toe dat dergelijke afweging des te complexer wordt doordat niet één, maar twee personen moeten worden beoordeeld.³⁰⁷⁵ Maar meestal wordt de relevantie van de gevolgen voor de ontvanger kritiekloos aangenomen.³⁰⁷⁶

In zijn zeer interessante bijdrage geeft A. Spital enkele argumenten waarom de gevolgen voor de ontvanger volgens hem *niet* mogen worden aangewend als factor in de kosten-batenanalyse.³⁰⁷⁷ Zo wijst deze auteur erop dat de lichamelijke kosten en baten (voor de ontvanger) soms moeilijk voorspelbaar zijn. Hiertegen kan echter worden ingebracht dat de psychosociale voordelen voor de donor ook niet steeds met zekerheid voorspeld kunnen worden. Verder stelt Spital dat het afwegen van de afzonderlijke belangen van twee patiënten

³⁰⁷¹ Zie uitgebreider over het levensgevaarcriterium en het subsidiariteitscriterium *infra* Afd. 2, § 3 van dit Hoofdstuk.

³⁰⁷² Zie art. 1ter, 3° en 14° Orgaantransplantatiewet.

³⁰⁷³ L. LOPP, Regulations regarding living organ donation in Europe, 2013, 70.

³⁰⁷⁴ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 832-1, 3.

³⁰⁷⁵ J.E.M. AKVELD, *Transplantatie en wetgeving: werkelijkheid en ideaal*, Lelystad, Vermande, 1987, 85; O.T. TERPSTRA, "Orgaandonatie" in H.A.M.J. TEN HAVE, D.P. ENGBERTS en L.E. KALKMAN-BOGERD (eds.), *Ethiek en recht in de gezondheidszorg*, Deventer, Kluwer, 1992, losbl., XXIII, (21) 27; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 253. Zie ook in die zin: Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 66.

³⁰⁷⁶ Zie o.a.: L. BOSMAN en M.L. LEROY-SWAANS, o.c., *Rev. Méd. Liège* 1968, (588) 607; J.-P. DOLL, o.c., *Gaz. Pal.* 1974, (820) 822; Juridische nota van de vice-eerste minister en minister van Justitie en institutionele hervormingen bij het wetsontwerp betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220-9, 54; J.K.M. GEVERS, o.c. in V.G.H.J. KIRKELS (ed.), *Transplantatie en mensbeeld*, 1992, (23) 30; ACOT Recommendation 1, www.organdonor.gov; Opinion 2.15 – Transplantation of Organs from Living Donors, AMA Code of Medical Ethics, <http://www.ama-assn.org>; M.F. ANDERSON, o.c., *Health Matrix* 1995, vol. 5, (249) 281; A. CRONIN, o.c. in A.-M. FARRELL, D. PRICE en M. QUIGLEY (eds.), *Organ shortage*, 2011, (104) 116.

³⁰⁷⁷ A. SPITAL, o.c., *Camb. Q. Healthc. Ethics* 2004, vol. 13, (105) 105-106.

tegen elkaar voor de arts een belangenconflict zou betekenen.³⁰⁷⁸ Nochtans is dit geen onoverkomelijk probleem. Zo moet de behandelende arts van de donor een andere zijn dan die van de ontvanger.³⁰⁷⁹ Eveneens moet de aanvaardbaarheidsbeoordeling niet enkel gemaakt worden door de artsen die betrokken zijn bij de donor en de ontvanger, maar is ook een multidisciplinair overleg met onafhankelijke professionals vereist.³⁰⁸⁰ Hierdoor kan m.i. een evenwicht in de beoordeling bewerkstelligd worden en kan het vermeende belangenconflict voldoende weggewerkt worden. Tot dusver is er geen reden om de gevolgen voor de ontvanger uit de kosten-batenanalyse te weren.

In zijn kritiek op artikel 3, lid 3 van de Nederlandse WOD stelde W. Kokkedee dat het beter zou zijn om enkel ‘donorverwante’ criteria te hanteren.³⁰⁸¹ Maar dan nog kunnen de gevolgen voor de ontvanger niet genegeerd worden. Eerder werd immers al verdedigd dat de psychosociale gevolgen voor de donor een aanzienlijke rol spelen bij de aanvaardbaarheid én dat deze gevolgen deels afhankelijk zijn van de gevolgen voor de ontvanger.³⁰⁸² Dus zelfs als men de afweging beperkt tot de kosten en baten voor de donor, dan nog spelen de gevolgen voor de ontvanger onvermijdelijk een rol, wat ook A. Spital erkende.³⁰⁸³ Dit sluit aan bij de bescherming van de donor.

Maar ook los van de belangen van de donor moet de gezondheid van de ontvanger als een belangrijke maatschappelijke waarde op zich in acht worden genomen. Net zoals het welzijn van de donor is ook het welzijn van de ontvanger een fundamentele doelstelling. Ethisch zit dit vervat in het principe van *beneficence* en juridisch zit dit vervat in het recht op fysieke integriteit en het recht op toegang tot gezondheidszorg van de ontvanger.³⁰⁸⁴ Wanneer de belangen van twee personen tegenover elkaar komen te staan, dan vereist het voortbestaan van de menselijke samenleving dat ze worden afgewogen tegenover elkaar.

647. Nu vaststaat dat zowel de gevolgen voor de donor, als de gevolgen voor de ontvanger *een* rol spelen bij de aanvaardbaarheidsbeoordeling van de levende donor, rijst de vraag hoe deze gevolgen zich *in abstracto* tot elkaar verhouden. In de literatuur zijn twee denkrichtingen te onderscheiden. De eerste strekking vertrekt vanuit de principiële gelijkheid tussen donor en ontvanger. Zo stelde R. Dierkens dat de arts alleen mag optreden wanneer hij geen gevaar loopt in de donor te verliezen wat hij in de ontvanger hoop te winnen. Anders zou *de facto* een ongelijkheid tussen deze twee personen in het leven geroepen worden, wat zou leiden tot misbruiken.³⁰⁸⁵ Met deze redenering kan meteen worden ingestemd. Het leven of de gezondheid van een ontvanger is niet meer behartigenswaardig dan het leven of de gezondheid van een donor. De gevolgen voor de ontvanger zijn dus niet automatisch van groter gewicht dan de gevolgen voor de donor. De omgekeerde redenering zou van zieken tweederangsburgers dreigen te maken, wat lijkt in te gaan tegen de hedendaagse concepten van menselijke waardigheid en solidariteit. De schade van de ontvanger mag dus niet louter verschoven worden naar de donor. Het volstaat niet dat het voordeel voor de ontvanger even groot is als het nadeel

³⁰⁷⁸ Zie ook: A. PASCALEV *et al.*, *o.c.* in F. AMBAGTSHEER en W. WEIMAR (eds.), *The EULOD Project*, 2013, (53) 63.

³⁰⁷⁹ Dit volgt uit: art. 7 KB Transplantatiecentra. Zie reeds *supra* Deel III, Hoofdstuk II, Afd. 1, § 2, B.2.

³⁰⁸⁰ Art. 8bis Orgaantransplantatiewet.

³⁰⁸¹ W. KOKKEDEE, *o.c.*, *TvGR* 1998, (202) 205.

³⁰⁸² Zie *supra* § 2, B.2.b. van deze Afdeling.

³⁰⁸³ Zie ook: A. SPITAL, *o.c.*, *Camb. Q. Healthc. Ethics* 2004, vol. 13, (105) 105-106.

³⁰⁸⁴ Zie *supra* Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, D van dit Deel.

³⁰⁸⁵ R. DIERKENS, *Lichaam en lijk*, 1962, 53-54. In dezelfde zin: H.J.J. LEENEN, “Gezondheidsrechtelijke aspecten van orgaantransplantatie”, *NJB* 1978, (871) 872-873; H.J.J. LEENEN, J.C.J. DUTE en W.R. KASTELEIN, *Handboek gezondheidsrecht. Deel II. Gezondheidszorg en recht*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum, 2008 (5^{de} ed.), 287; R. STETTER, “Kidney Donation from Minors and Incompetents”, *La. L. Rev.* 1974-75, (551) 558.

voor de donor.³⁰⁸⁶ Er moet een positief nettoresultaat verwacht worden.³⁰⁸⁷ Het evenredigheidsprincipe vereist hier dus geen ‘exacte’ evenredigheid.

De tweede strekking lijkt daarentegen meer gewicht te hechten aan het belang van de levende donor. Zo stelde de Transplantation Society reeds dat het welzijn van de donor van primair belang is en de baten voor de ontvanger slechts van secundair belang.³⁰⁸⁸ In die lijn stellen sommige auteurs dat de voordelen voor de ontvanger ‘ruimschoots’, ‘aanzienlijk’ of ‘beduidend’ de nadelen voor de donor moeten overstijgen.³⁰⁸⁹ Gelet op de wezenlijke gelijkheid tussen donor en ontvanger kan met deze strekking slechts worden ingestemd in zoverre hiermee zou worden bedoeld dat de arts (of iemand anders die de beoordeling maakt) redelijkerwijze *niet moet twijfelen* dat de baten voor de ontvanger voldoende hoog zijn. Dergelijk vereiste van zekerheid biedt een oplossing voor het feit dat de afweging tussen donor en ontvanger niet met mathematische precisie kan worden gemaakt. Dit is op zich niet in strijd met de wezenlijke gelijkheid tussen menselijke personen.

Volgens de huidige stand van de wetenschap zal de wegneming van een orgaan bij leven in het beste geval een niet te verwaarlozen kans op significante risico’s inhouden. Er kan dan worden vereist dat de transplantatie bij de ontvanger op z’n minst een redelijke kans op een succesvolle uitkomst moet bieden.³⁰⁹⁰ De transplantatie mag zeker niet klinisch futiel of hopeloos zijn.³⁰⁹¹ Orgaanwegname bij leven zou in dat geval niet enkel een fout ten aanzien van de donor, maar ook ten aanzien van de ontvanger uitmaken. Naarmate de risico’s voor de donor groter zijn, kan een betere kans op succesvolle resultaten voor de ontvanger vereist worden.³⁰⁹²

2. Subparameters inzake de gevolgen voor de ontvanger

648. Net zoals de gevolgen voor de donor kunnen de gevolgen voor de ontvanger aangewend worden om de aanvaardbaarheid van de orgaanwegname bij leven te beoordelen. De vraag is dan wanneer de gevolgen voor de ontvanger *in concreto* voldoende positief zijn om de orgaanwegname evenredig te achten. Net zoals ten aanzien van de gevolgen voor de donor zou het ook hier onbegonnen werk zijn om een volledige oplijsting van aanvaardbare situaties te geven. Essentiële factoren om het voordeel voor de ontvanger te beoordelen zijn het type transplantatie (nier, lever,...) en de variabele pronostieken. Indien de transplantatie voor de donor levensreddend is, dan zullen de risico’s voor de donor groter mogen zijn dan wanneer de

³⁰⁸⁶ *Contra*: W. DREESSEN, o.c., *Jura Falc.* 1984-85, (500) 512, die het voldoende acht dat het belang van de ontvanger even groot is als het risico voor de donor.

³⁰⁸⁷ M.F. ANDERSON, o.c., *Health Matrix* 1995, vol. 5, (249) 290-291, die het ruilen van een leven voor een leven vanuit utilitaristisch perspectief onethisch acht; R.H. DEES, o.c., *J. L. Med. & Ethics* 2013, (323) 324 e.v.

³⁰⁸⁸ J.P. MERRILL, “Statement of the Committee on Morals and Ethics of the Transplantation Society”, *Ann. Internal Med.* 1971, vol. 75, (631) 632. Vgl. ook Memorie van toelichting Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 69.

³⁰⁸⁹ J.-P. DOLL, *La discipline des greffes, des transplantations et des autres actes de disposition concernant le corps humain*, Parijs, Masson, 1970, 90; A. DEMOOR, o.c., *Jura Falc.* 1976-77, (69) 74; M. DE JAEGER, “Levende donatie”, *Orpadt forum* 2005, jaargang 5, nr. 1, 3.

³⁰⁹⁰ Vgl. B. SLUYTERS, o.c. in J.M. GREEP (ed.), *Orgaantransplantatie*, 1970, (361) 384; J.F. RANG, o.c., *TvGR* 1979, (14) 20; J.-P. DOLL, *La discipline des greffes, des transplantations et des autres actes de disposition concernant le corps humain*, 1970, 89; BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, *Organ donation in the 21st century: Time for a consolidated approach*, London, BMA, 2000, 12.

³⁰⁹¹ GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 173; H. NYS, *Recht en bio-ethiek. Wegwijs voor mensen in de gezondheidszorg*, Leuven, LannooCampus, 2010, 137; M. ABECASSIS et al., o.c., *JAMA* 2000, vol. 284, (2919) 2920; J.-P. DOLL, o.c., *Gaz. Pal.* 1974, (820) 822.

³⁰⁹² Vgl. Resolution CM/Res(2008)4 on adult-to-adult living donor liver transplantation, <http://www.coe.int>, waar t.a.v. leverdonatie bij leven vereist wordt dat een succesvolle uitkomst ‘garandeerd’ wordt.

transplantatie enkel de levenskwaliteit van de ontvanger verbetert.³⁰⁹³ Ook de gezondheidstoestand van de donor (m.n. compatibiliteit en afwezigheid van overdraagbare ziekten) bepaalt mee of de transplantatie een acceptabele kans op succes zal hebben.³⁰⁹⁴

649. Specifiek voor levende donoren rijst de vraag of de band met de donor een invloed heeft op de gevolgen voor de ontvanger en via die weg de aanvaardbaarheid van de donatie kan beïnvloeden. Vroeger was genetisch verwantschap een belangrijke factor voor een goede compatibiliteit. Thans is een genetische band dankzij de verbeterde immuunsuppressie niet meer noodzakelijk om tot goede resultaten te kunnen leiden.³⁰⁹⁵ De gevolgen voor de ontvanger vormen dus geen argument om het gebruik van levende donoren te beperken tot genetisch gerelateerde donoren.³⁰⁹⁶

650. Soms wordt gewezen op het risico bij gerelateerde donoren dat de ontvanger het gevoel zou hebben de donor voor altijd iets verschuldigd te zijn zonder dat de schuld ooit zou kunnen worden ingelost.³⁰⁹⁷ Dit zou dan de vooraf bestaande relatie met de donor kunnen verstoren, wat een psychosociaal nadeel zou kunnen zijn. Maar zelfs als dergelijk nadeel zich al zou voordoen, dan nog lijkt dit ten aanzien van de ontvanger niet steeds op te wegen tegen een levensreddende of zelfs levenskwaliteitverbeterende transplantatie. Zo stelde M.F. Anderson: “*Sacrificing a relationship to save their own life makes sense for these patients*”.³⁰⁹⁸

651. Ten aanzien van *cross-over* transplantatie kan worden aangenomen dat de uitkomsten voor de ontvangers normaal niet zullen verschillen van andere (genetisch) ongerelateerde donaties.³⁰⁹⁹ Bij ongebalanceerde *cross-overs* zal de ontvanger van het compatibele koppel daarentegen het voordeel van een goede match mogelijk verliezen en dus minder goede resultaten riskeren. Om deze reden achtte de Nederlandse Gezondheidsraad ongebalanceerde kruisdonatie principieel onaanvaardbaar.³¹⁰⁰ Niettemin impliceert ongebalanceerde kruisdonatie niet noodzakelijk slechtere resultaten. De ontvanger van het compatibele paar zou desgevallend bv. ook een beter, jonger orgaan kunnen krijgen.³¹⁰¹

652. Bij een *list-paired exchange* zal het voordeel voor de ontvanger van het incompatibele koppel doorgaans minder goed zijn, aangezien hij een orgaan van een overleden donor krijgt in ruil voor het feit dat de donor zijn orgaan aan een ontvanger op de wachtlijst afstaat. Met name nieren van overledenen hebben minder goede transplantatieresultaten dan een nier van levende

³⁰⁹³ D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 255. Zie ook over het levensgevaarcriterium *infra* Afd. 2, § 3, A van dit Hoofdstuk.

³⁰⁹⁴ In die zin: K. McK. NORRIE, *o.c.*, *Int. & Comp. L.Q.* 1985, (442) 446.

³⁰⁹⁵ Zie reeds *supra* Hoofdstuk I, Afd. 1 van dit Deel.

³⁰⁹⁶ Eerder *contra*: P. MICHIELSEN, “Criteria for selecting organ donors and recipients”, *Health Policy* 1990, (117) 119.

³⁰⁹⁷ T. MARTENS en K. VANDEWOUDE, *o.c.*, *T. Gen.* 2009, afl. 65, nr. 8, (350) 351; Memorie van toelichting Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 69.

³⁰⁹⁸ M.F. ANDERSON, *o.c.*, *Health Matrix* 1995, vol. 5, (249) 281-283.

³⁰⁹⁹ A. CHKHOTUA, “Paired Kidney Donation: Outcomes, Limitations, and Future Perspectives”, *Transpl. Proc.* 2012, (1790) 1791.

³¹⁰⁰ GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 132-133, waar ook wordt gesteld dat het onrealistisch te verwachten dat mensen dit voordeel zouden willen opgeven.

³¹⁰¹ L.F. ROSS, *o.c.* in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2008, (183) 185-186.; K. GLORIE *et al.*, “Allocation and matching in kidney exchange programs”, *Transpl. Int.* 2014, (333) 335-336.

donoren.³¹⁰² Dit brengt sommige auteurs ertoe te stellen dat *list-paired kidney exchange* onethisch is.³¹⁰³

B. De samenleving

1. Relevantie van de gevolgen voor het algemeen belang

653. Er kan worden gesteld dat een handeling het algemeen belang raakt wanneer ze de belangen van verschillende, niet-geïndividualiseerde personen uit een bepaalde groep betreft. Veeleer uitzonderlijk wordt het algemeen belang in de rechtsleer expliciet betrokken als een element ter beoordeling van de aanvaardbaarheid van orgaanwegname bij leven. In artikel 3, § 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet of elders in deze wet kan evenmin een verwijzing hiernaar gevonden worden.

Niets in de Orgaantransplantatiewet verzet zich er echter uitdrukkelijk tegen dat het algemeen belang betrokken wordt in de aanvaardbaarheidsbeoordeling. Bij de totstandkoming van deze wet heeft de wetgever zelfs uitdrukkelijk de hogere financiële lasten voor het RIZIV aangevoerd als een van de redenen om wetgevend op te treden tegen een orgaantekort.³¹⁰⁴ Dat dit een argument van algemeen belang is, spreekt voor zich. Bovendien kan een grondslag voor het zelfbepalingsrecht van de donor, zoals gezegd, gevonden worden in artikel 8, lid 1 EVRM. Welnu, artikel 8, lid 2 EVRM schrijft duidelijk voor dat deze autonomie niet enkel kan beperkt worden door de rechten en vrijheden van andere individuen, maar ook door de algemene belangen (bv. openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land).

Weliswaar zijn dit allen argumenten die gelden op macroniveau, meer bepaald de beleidsvorming door de overheid. Kunnen deze argumenten ook worden aangevoerd op microniveau, meer bepaald de individuele aanvaardbaarheidsbeoordeling door de arts? Men zou immers kunnen betwijfelen of de arts wel in een positie is om het algemeen belang te beoordelen. Zijn taak ligt toch voornamelijk bij de individuele patiënt? Deontologisch geldt weliswaar dat de arts niet enkel de rechten van het individu moet eerbiedigen, maar ook plichten tegenover de gemeenschap heeft.³¹⁰⁵ Er kan dan m.i. worden verdedigd dat niet *a priori* mag worden uitgesloten dat het algemeen belang meespeelt in de aanvaardbaarheidsbeoordeling ten aanzien van een potentiële donor. Wel zal bij ieder argument van algemeen belang afzonderlijk moeten worden nagegaan of de arts over voldoende informatie kan beschikken om hierover een zorgvuldig oordeel te kunnen vormen.

654. Hoe verhoudt het algemeen belang zich nu tegenover de individuele belangen van de donor? Voor deze vraag moet worden verwezen naar artikel 2 EVRM-Bio: “*The interests and welfare of the human being shall prevail over the sole interest of society and science*”. Hoewel deze bepaling niet bindend is voor België, wordt ze wel als toonaangevend voor Europa beschouwd. Ze bevat een interpretatieregel die stelt dat voorrang moet worden gegeven aan het belang van een mens indien dit in conflict komt met het algemeen belang.³¹⁰⁶ In het raam van

³¹⁰² Zie hierover nog uitgebreider *infra* Afd. 2, § 3, B.1. van dit Hoofdstuk.

³¹⁰³ M. DE KLERK *et al.*, “The Dutch National Living Donor Kidney Exchange Program”, *Am. J. Transpl.* 2005, vol. 5, (2302) 2305. Daarentegen is er niet zo’n groot verschil tussen levers van levende donoren en overleden donoren, zodat de uitkomst voor de ontvanger van het incompatibele paar minder problematisch is. Zie: D.L. SEGEV en R.A. MONTGOMERY, “The Application of Paired Donation to Live Donor Liver Transplantation”, *Liver Transplantation* 2010, vol. 16, (423) 424.

³¹⁰⁴ Verslag Merckx-Van Goey, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220-9, 5.

³¹⁰⁵ Art. 99 Code Geneeskundige Plichtenleer.

³¹⁰⁶ Memorie van toelichting EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nrs. 21-22.

experimenten op mensen werd dit principe uitdrukkelijk bevestigd in artikel 5, 5° Wet Medische Experimenten.

Deze regel kan worden doorgetrokken naar orgaanwegneming voor transplantatie. Dit betekent dan dat zeer omzichtig met argumenten van algemeen belang omgesprongen moet worden, aangezien ze de fysieke integriteit van een mens, de donor, zouden beïnvloeden. Een verklaring voor deze terughoudendheid kan gezocht worden in het feit dat het algemeen belang een niet-geïndividualiseerd en doorgaans moeilijker te controleren belang is. Via een beroep op het argument van het ‘algemeen belang’ dreigen misbruiken dan soms te gemakkelijk een vermeende rechtvaardiging te vinden. Binnen deze logica geldt dat de risico's voor een levende donor kleiner moeten zijn naarmate de baten voor het algemeen belang moeilijker te voorzien zijn, zoals ook bij medische experimenten (indirecte collectieve baten) het geval is.³¹⁰⁷

2. Sub-parameters inzake de gevolgen voor het algemeen belang

a. Financiële impact

655. In België wordt gezondheidszorg in belangrijke mate gedragen door de gemeenschap (sociale zekerheid). Indien het gebruik van levende donoren een kostenvoordeel, dan wel een kostennadeel voor het sociale zekerheidssysteem zou opleveren, dan kan dit een argument zijn respectievelijk *pro* en *contra* orgaanwegneming bij een levende persoon. Bijvoorbeeld: als behandeling voor nierinsufficiëntie zou niertransplantatie met een levende donor op lange termijn goedkoper zijn voor dit systeem dan het alternatief van nierdialyse. Niertransplantatie is namelijk een eenmalige kost (ong. 40.000 euro) terwijl nierdialyse een jaarlijks weerkerende kost is (ong. 30.000 euro per jaar).³¹⁰⁸ Een bijkomend voordeel is dat de ontvanger terug actief op de arbeidsmarkt is.³¹⁰⁹ Er zullen daardoor minder uitkeringen moeten worden betaald.³¹¹⁰ Bovendien wordt transplantatie met een levende donor ook geacht goedkoper te zijn dan transplantatie met een overleden donor. Met levende donoren zouden na transplantatie doorgaans immers minder afstoting of complicaties optreden en dus minder hertransplantatie of hospitalisatie nodig zijn.³¹¹¹ Dit pleit vanuit het algemeen belang vóór niertransplantatie met levende donoren.³¹¹²

b. Impact op de wachttijd

656. Aangezien de ontvanger van het orgaan van de levende donor van de wachtlijst kan worden gehaald, vermindert transplantatie met een levende donor de gemiddelde wachttijd voor

³¹⁰⁷ Vgl. C. PETRINI en J.A. DI CAMILLO, “Risks for Living Kidney Donors: Comparison with Volunteer Participation in Clinical Trials” in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J.V. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2011, (229) 231 en 233.

³¹⁰⁸ *Vr. en Antw. Kamer* 2004-05, 27 april 2005, 15.047 (Vr. nr. 457 J. VANDEURZEN); Advies nr. 11 van 20 december 1999 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 3; B. VAN HAELEWIJCK, *Don d'organes. Don de tissus*, Brussel, Kluwer, 2002, 69-70; *Vr. en Antw. Kamer* 2004-05, 27 april 2005, 15.047 (Vr. nr. 457 J. VANDEURZEN); I. CLEEMPUT *et al.*, *Organisation and financing of chronic dialysis in Belgium*, Brussel, Federaal Kenniscentrum voor de Gezondheidszorg, 2010, i (<https://kce.fgov.be>); M. HELBERT, o.c., *Orpadt forum* 2012, jaargang 12, nr. 1, (10) 15. Zie ook: considerans 1 Richtlijn 2010/53/EU.

³¹⁰⁹ Commission staff working document – Impact Assessment, SEC(2007) 705, <http://eur-lex.europa.eu>, 50; Commission staff working document - Impact Assessment, SEC(2008) 2956, <http://eur-lex.europa.eu>, 57.

³¹¹⁰ Vgl. Memorie van antwoord, Eerste Kamer, vergaderjaar 1995-1996, 22.358, nr. 46a, 5.

³¹¹¹ GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 84; A. GOEGEBUER *et al.*, o.c., *T. Gen.* 2006, vol. 62, (368) 369; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 220.

³¹¹² L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 160.

alle andere kandidaat-ontvangers op de wachtlijst.³¹¹³ Dit is een voordeel van algemeen belang dat bijdraagt tot de aanvaardbaarheid van levende donoren.³¹¹⁴

Een levende donor zou ook gebruikt kunnen worden om meerdere transplantaties mogelijk te maken, en dus nog meer de gemiddelde wachttijd op de wachtlijst te verkorten. Dit is met name het geval wanneer een ongerelateerde levende donor gebruikt wordt om een ketting van gepaarde transplantaties op te starten.³¹¹⁵ Dit vormt alleszins een argument om ongerelateerde donoren bij voorkeur voor dergelijke kettlingtransplantaties in te zetten.³¹¹⁶

c. Impact op het publiek vertrouwen

657. Zoals al besproken, is vertrouwen van het publiek in de transplantatiepraktijk een belangrijk element om het orgaanaanbod op peil te houden.³¹¹⁷ En hoe groter het orgaanaanbod, hoe groter de baten voor de samenleving vanzelfsprekend zullen zijn. Bekeken vanuit het algemeen belang is de impact van orgaanwegname bij een levende donor op het publiek vertrouwen dus een aspect dat *a priori* niet genegeerd mag worden, wat niet wil zeggen dat het ook een gewichtig argument zal opleveren.

Orgaanwegname bij leven kan op verschillende manieren het publiek vertrouwen beïnvloeden. Zowel de Europese, als de Belgische wetgever legden reeds de link tussen het nemen van lichamelijke, psychologische en sociale risico's voor de levende donor en het ondermijnen van het vertrouwen van de bevolking in de gezondheidszorg.³¹¹⁸ Vooral het overlijden van een levende donor ten gevolge van de orgaanwegname zou het publiek vertrouwen sterk kunnen beschadigen.³¹¹⁹ Weliswaar kon geen onderzoek worden gevonden over de precieze impact van ernstige complicaties of het overlijden van levende donoren op het publieke vertrouwen, zodat deze slechts beperkt voorzienbaar is. Het risico op ondermijning van het publieke vertrouwen lijkt dan geen sterk argument te zijn tegenover de doorgaans grote baten voor de ontvanger en donor.³¹²⁰

Ook het toelaten van ongerelateerde levende donoren werd reeds als een potentiële oorzaak van negatieve publiciteit (m.n. voor het transplantatiecentrum en de artsen in kwestie) beschouwd.³¹²¹ Maar ook in dit geval is niet zeker in hoeverre dit de publieke perceptie zou aantasten.³¹²² Bovendien kon elders al worden geconcludeerd dat de gevolgen voor de ongerelateerde levende donor en de ontvanger niet zodanig verschillen dat ongerelateerde levende donoren verboden moeten worden.³¹²³ Het risico voor het publieke vertrouwen lijkt

³¹¹³ GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 82; M. HELBERT, *o.c.*, *Orpadt forum* 2012, jaargang 12, nr. 1, (10) 15.

³¹¹⁴ A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, 1999, 63; K. VAN ASSCHE, G. GENICOT en S. STERCKX, "Living Organ Procurement from the Mentally Incompetent: The Need for More Appropriate Guidelines", *Bioethics* 2012, (1) 2.

³¹¹⁵ M.A. REES *et al.*, *o.c.*, *N. Engl. J. Med.* 2009, vol. 360, (1096) 1100.

³¹¹⁶ A. SHARIF, *o.c.*, *Transplantation* 2013, vol. 95, (1425) 1428. Zie echter ook: E.S. WOODLE *et al.*, "Ethical Considerations for Participation of Nondirected Living Donors in Kidney Exchange Programs", *Am. J. Transpl.* 2010, vol. 10, (1460) 1463, 1465 en 1466, waar gewezen wordt op een benadeling van ontvangers met bloedgroep O.

³¹¹⁷ Zie *supra* Deel II, Hoofdstuk I, Afd. 1, § 2, B.1.

³¹¹⁸ Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2011-12, nr. 53-2158/1, 15; Considerans 23 Richtlijn 2010/53/EU. In die zin ook: A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, 1999, 62.

³¹¹⁹ B. RINGE en R.W. STRONG, *o.c.*, *Transplantation* 2008, vol. 85, (790) 792; L.E. RATNER en P.R. SANDOVAL, *o.c.*, *Am. J. Transpl.* 2010, vol. 10, (2577) 2578.

³¹²⁰ Vgl. L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 156 en 158-159.

³¹²¹ Zie: L.F. ROSS, *o.c.*, *J. L. Med. & Ethics* 2002, vol. 30, (440) 440-442; M. HILHORST *et al.*, *o.c.*, *Transpl. Int.* 2011, vol. 24, (1164) 1166-1167.

³¹²² J. KAHN, *o.c.*, *J. L. Med. & Ethics* 2002, vol. 30, (446) 447.

³¹²³ Zie *supra* § 1, A.1.d. van deze Afdeling.

ook hier geen erg sterk argument te zijn. Opnieuw vormt het veeleer een argument voor publieke voorlichting onder politieke verantwoordelijkheid.³¹²⁴

Uitzonderlijk kan de vraag rijzen of een patiënt bij leven een orgaan zou mogen doneren aan zijn arts, die leidt aan orgaanfalen? D. Steinberg en E.A. Pomfret achten dit onaanvaardbaar. Volgens hen zou dit een indruk wekken van uitbuiting en beïnvloeding van de patiënt door de arts, die vaak in een zekere machtspositie staat. Dit zou het publieke vertrouwen in de geneeskunde doen eroderen, wat uiteindelijk meer kwaad dan goed zou doen.³¹²⁵ Dergelijke categorieke uitsluiting van transplantatie van patiënt naar arts is m.i. overdreven. Een ‘erosie van het vertrouwen in de geneeskunde’ lijkt onwaarschijnlijk. Wellicht zal de publieke opinie het veeleer rechtvaardig vinden dat iemand die zijn leven wijdt aan de gezondheid van anderen, nu ook geholpen wordt. Bovendien bestaan er wettelijke waarborgen ter preventie van dwang en bedrog.³¹²⁶

d. Impact op de medische wetenschap

658. Door orgaanwegnemingen bij levende donoren uit te voeren en met name door hierover te rapporteren, kan de medische kennis vergroot worden.³¹²⁷ Dit kan vanzelfsprekend ten goede komen van het algemeen belang, aangezien we allen potentiële patiënten zijn. Maar of dit nu in het kader van een experiment, dan wel daarbuiten geschiedt, de baten voor het algemeen belang zijn moeilijk voorspelbaar. Er kan bovendien nogmaals verwezen worden naar artikel 2 EVRM-Bio, dat expliciet de voorrang van de belang van de mens op het enkel belang van de wetenschap erkent. Verder voorziet artikel 2 Orgaantransplantatiewet in de mogelijkheid voor de Koning om deze wet uit te breiden tot orgaanwegning ter bereiding van therapeutische producten, maar enkel voor zover het gaat om wegneming na overlijden. *A fortiori* kan hieruit worden afgeleid dat orgaanwegning bij leven voor louter wetenschappelijk oogmerk ontoelaatbaar is. Ook de Belgische rechtspraak en rechtsleer staan afkerig tegen wegneming bij levenden met een louter wetenschappelijk oogmerk,³¹²⁸ ofschoon de Wet Menselijk Lichaamsmateriaal niet uitdrukkelijk uitsluit dat dit een legitiem doel zou zijn.³¹²⁹ Dit maakt dat kennisvergaring op zichzelf geen sterk argument is voor de aanvaardbaarheid van levende donoren.

³¹²⁴ M. HILHORST *et al.*, o.c., *Transpl. Int.* 2011, vol. 24, (1164) 1166-1167.

³¹²⁵ D. STEINBERG en E.A. POMFRET, “A novel boundary issue: should a patient be an organ donor for their physician?”, *J. Med. Ethics* 2008, vol. 34, (772) 773.

³¹²⁶ Zie *supra* Hoofdstuk III, Afd. 3 van dit Deel.

³¹²⁷ Zie echter: C. PETRINI en J.A. DI CAMILLO, o.c. in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J.V. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2011, (229) 230, die dergelijke kennisvergaring niet erg aanwezig achten bij orgaanwegning bij leven.

³¹²⁸ Corr. Charleroi 29 maart 1983, *RRD* 1983, 248, zich baserend op oud art. 1 KB nr. 78, bevestigd door Bergen 7 december 1983, *RDPC* 1985, 476 (samenvatting); X. RYCKMANS en R. MEERT-VAN DE PUT, *Les droit et les obligations des médecins, ainsi que des dentistes, accoucheuses et infirmières. Tome I*, Brussel, Larquier, 1971 (2^{de} ed.), 460-461, nr. 593 en 463, nr. 596; J. MATTHIJS, o.c., *RW* 1971-72, (209) 214, nr. 32; M.-L. DELFOSSE, “L’expérimentation médicale sur l’être humain en droit belge”, *RGAR* 1988, nr. 11.319, nr. 2; J. TER HEERDT, *Het experiment beproefd*, nrs. 116-117, waar wordt verwezen naar de schokkende experimenten tijdens het Nazi-regime; R. GROSEMANS, “Difficultés relatives à la notion du droit que possède l’individu sur son propre corps” in *TRAVAUX DE L’ASSOCIATION HENRI CAPITANT XXVI, Le corps humain et le droit (journées belges)*, Parijs, Dalloz, 1975, (423) 429; Juridische nota van de vice-eerste minister en minister van Justitie en institutionele hervormingen bij het wetsontwerp betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220-9, 54; D. VANDERMEERSCH, “Medisch fout, sterilisatie en medische experimentatie”, *TPR* 1983, (839) 858-859 en W. DREESSEN, o.c., *Jura Falc.* 1984-85, (500) 515, waar wordt gesteld dat een totaal verbod op levende donatie verantwoord is wanneer er geen ontvanger aanwezig is. In Nederland acht men orgaanwegning bij levenden voor louter wetenschappelijke onderzoeksdoeleinden niet mogelijk: D.Y.A. VAN MEERSBERGEN, o.c. in G.R.J. DE GROOT, T.A.M. VAN DEN ENDE, L.E. KALKMAN-BOGERD en J.J.M. LINDERS (eds.), *Gezondheidsrecht*, 2013, (1481) 1490.

³¹²⁹ Deze wet is van toepassing op orgaanwegning met wetenschappelijk oogmerk. Zie al *supra* Deel II, Hoofdstuk III, Afd. 1, § 1.

C. De naasten van de donor

659. De belangen van naasten van de levende donor zijn niet zo uitgesproken als deze van de ontvanger (behoudens natuurlijk wanneer die naaste de ontvanger is). Maar ze zijn alleszins wel duidelijker omlijnd en individualiseerbaar dan het algemeen belang. Volgens M. Hilhorst *et al.* kan orgaanwegname bij een ongerelateerde levende donor de belangen van de naasten van die donor (bv. kinderen, echtgenoot) schaden, wat in sommige gevallen een morele reden kan zijn om dergelijke donatie te weigeren.³¹³⁰ Meer algemeen kan voor iedere orgaanwegname bij leven de vraag gesteld worden of de belangen van de naasten van de donor een rol spelen voor de aanvaardbaarheid van orgaanwegname bij leven.

Artikel 3, § 1, lid 2 (en artikel 6) Orgaantransplantatiewet houdt er alvast geen rekening mee. De bedoeling van de wetgever is ook duidelijk dat de beslissing tot orgaandonatie een persoonlijk karakter heeft. Het zelfbepalingsrecht impliceert dat de toestemming van de naasten van de donor niet vereist is.³¹³¹ Hun belangen lijken zo een ondergeschikt karakter te hebben. Niettemin werd hierboven vastgesteld dat psychosociale gevolgen voor de levende donor wel afhankelijk kunnen zijn van de morele steun vanwege zijn naasten.³¹³² Langs deze weg kan wel tegemoetgekomen worden aan de belangen van de naasten.

§ 4. VOORSTEL TOT AANPASSING VAN HET ONAANVAARDBAARHEIDSCRITERIUM

660. De voorgaande analyse van het onaanvaardbaarheids criterium uit artikel 3, § 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet leidt tot een genuanceerd besluit.

Enerzijds is dit criterium goed te keuren omdat het in principe een ruime vrijheid aan de artsen laat om geval per geval te beoordelen in het licht van alle relevante factoren.³¹³³ Wegens de snelle evoluties in de medische wetenschap, de verscheidenheid van risico's en de complexiteitsgraad van de afweging moet dergelijke flexibiliteit op juridisch vlak het uitgangspunt zijn.

Anderzijds is het wettelijke onaanvaardbaarheids criterium onduidelijk en zelfs misleidend te noemen. De *onduidelijkheid* bevindt zich in het feit dat het begrip 'onaanvaardbaar' niet aangeeft welke redeneertechniek moet worden gebruikt. Eerder werd verdedigd dat best een evenredigheidsafweging gemaakt wordt.³¹³⁴ Dit moet bij voorkeur als zodanig in de Orgaantransplantatiewet geformuleerd worden, zoals al het geval is in artikel 8, § 1, 3° Wet Menselijk Lichaamsmateriaal ten aanzien van weefsel- en celwegname.³¹³⁵ Het *misleidend* karakter van het onaanvaardbaarheids criterium is te wijten aan het feit dat de wettekst zich enkel richt op het 'gezondheidsrisico'. De wet zou beter spreken in termen van 'gezondheidsgevolgen' in plaats van enkel 'risico's',³¹³⁶ aangezien er ook baten voor de donor kunnen zijn.³¹³⁷ De term 'gezondheid' wordt ook best gepreciseerd, in die zin dat de gevolgen zowel lichamelijk als psychosociaal zijn.³¹³⁸ Het onaanvaardbaarheids criterium is eveneens

³¹³⁰ M. HILHORST *et al.*, o.c., *Transpl. Int.* 2011, vol. 24, (1164) 1165.

³¹³¹ Zie *supra* Hoofdstuk III, Afd. 1 van dit Deel.

³¹³² Zie *supra* § 2, B.2.e. van deze Afdeling.

³¹³³ Zie ook: aanbeveling 4, c in Resolution CM/Res(2008)4 on adult-to-adult living donor liver transplantation, <http://www.coe.int>, waar wordt aangeraden dat aanvaardbaarheid van leverdonatie bij leven geval per geval bekeken wordt.

³¹³⁴ Zie *supra* § 1 van deze Afdeling.

³¹³⁵ Art. 8, § 1, 3° Wet Menselijk Lichaamsmateriaal: "Verboden zijn: 3° elke wegneming van menselijk lichaamsmateriaal waarbij de verwachte gevolgen voor de levende donor niet evenredig zijn met het nagestreefde doel" (eigen onderlijning).

³¹³⁶ Vgl. art. 9, lid 2 Orgaantransplantatiewet.

³¹³⁷ Zie *supra* § 2, B van deze Afdeling.

³¹³⁸ Vgl. opnieuw art. 9, lid 2 Orgaantransplantatiewet.

misleidend omdat het enkel spreekt over de donor, terwijl de belangen van de donor onvermijdelijk moeten worden afgewogen tegenover de belangen van anderen. Op z'n minst zou de wet hierbij melding moeten maken van het belang van de ontvanger. Het algemeen belang hoort veeleer thuis op het beleidsniveau i.p.v. het praktijkniveau en hoeft dus niet als wettelijke parameter te worden vermeld. Hoe dan ook moet de tekst van artikel 3, § 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet verplaatst worden naar artikel 6 Orgaantransplantatiewet omdat hij hier inhoudelijk thuishoort.

Afdeling 2. Het *ultimum remedium*-criterium

§ 1. GRONDSLAG

661. Wanneer de wegneming bij levenden ernstige gevolgen kan hebben voor de donor *of* wanneer zij betrekking heeft op organen die niet regenereren, *dan* kan ze alleen worden verricht indien de ontvanger in levensgevaar verkeert *én* de transplantatie van organen van een overledene geen even bevredigend resultaat kan opleveren, zo luidt artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet. Een gelijkaardige regel is terug te vinden in Nederland (art. 3, lid 3 WOD)³¹³⁹ en in het EVRM-Bio (art. 19, lid 1 EVRM-Bio en art. 9 en 11, lid 2 Transplantatieprotocol EVRM-Bio)³¹⁴⁰. De Belgische regeling voor weefsel- en celwegneming bevat eveneens een sterk gelijkende regel (art. 10, § 2 Wet Menselijk Lichaamsmateriaal).³¹⁴¹

Artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet regelt twee alternatieve hypothesen door in elk van deze hypothesen de cumulatieve vervulling van twee bijkomende voorwaarden te vereisen.³¹⁴² De twee alternatieve hypothesen fungeren met andere woorden als ‘verzwarende omstandigheden’. In die gevallen is het de bedoeling van de wetgever dat orgaanwegneming de uitzondering blijft.³¹⁴³ Levende donoren vormen als het ware het laatste redmiddel of *ultimum remedium*.³¹⁴⁴ Hiermee werd klaarblijkelijk gevolg gegeven aan de gedachte van procureur-generaal J. Matthijs dat orgaanwegneming *ex vivo* enkel onder de voorwaarden van de noodtoestand geoorloofd is.³¹⁴⁵ Het is in ieder geval duidelijk dat de wetgever zo de donor tegen

³¹³⁹ Deze luidt: “Wanneer redelijkerwijs aannemelijk is dat de verwijdering van het orgaan bij leven blijvende gevolgen zal hebben voor de gezondheid van de donor, geschiedt deze slechts indien de persoon ten behoeve van wie de verwijdering plaats zal vinden, in levensgevaar verkeert en dit niet op andere wijze even goed kan worden afgewend.”

³¹⁴⁰ Deze luiden: “Removal of organs or tissue from a living person may be carried out solely for the therapeutic benefit of the recipient and where there is no suitable organ or tissue available from a deceased person and no other alternative therapeutic method of comparable effectiveness” en “The removal may not be carried out if there is a serious risk to the life or health of the donor.”. Het EVRM-Bio is richtinggevend in Frankrijk. Zie: N. NEFUSSY-LEROY, *Organes humains*, 1999, 104-105

³¹⁴¹ Deze luidt: “Wanneer de wegneming bij levenden ernstige gevolgen kan hebben voor de in § 1 bedoelde donor of wanneer deze betrekking heeft op lichaamsmateriaal dat niet regeneert, kan deze alleen worden verricht als de ontvanger in levensgevaar verkeert of het verwachte voordeel voor zijn gezondheid het risico aanvaardbaar maakt en de wegneming bij een overledene tot geen even bevredigend resultaat kan leiden.”

³¹⁴² Vroeger werd er nog een *derde bijkomende voorwaarde* gesteld: bij wegneming van niet-regenererende organen of bij wegneming met mogelijk ernstige gevolgen, moesten naast de donor ook de samenlevende echtgenoot of de ouders toestemmen. Zie oud art. 6, § 2 Orgaantransplantatiewet, vervangen door art. 3 Wet van 25 februari 2007, BS 13 april 2007. Zie hierover *supra* Hoofdstuk III, Afd. 1 van dit Deel.

³¹⁴³ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 1984-1985, nr. 832/1, 7. Zie ook: J.-R. BINET, “Respect et protection du corps humain” in J. BECQUE (ed.), *Juris Classeur: droit civil*, Parijs, Éditions techniques, 2006, currens, art. 16 à 16-13: fasc. 22, nr. 64; M.T. MEULDERS-KLEIN en B. MAINGAIN, o.c. in JOURNÉES D’ÉTUDES JURIDIQUES JEAN DABIN (ed.), *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs: contribution à l’étude du règlement juridique des conflits de valeurs en droit pénal, public et international*, Brussel, Bruylant, 1982, (215) 241-242, nr. 32.

³¹⁴⁴ Deze benaming werd eerder al gegeven aan de Nederlandse evenredigheidsbepaling in artikel 3, lid 3 Wet Orgaandonatie. Zie: W. KOKKEDEE, o.c., *TvGR* 1998, (202) 204. Zie voorheen ook al: J.E.M. AKVELD, *Transplantatie en wetgeving*, 1987, 86.

³¹⁴⁵ J. MATTHIJS, o.c., *RW* 1971-72, (161) 213, nr. 31. Zie ook: J. PY, o.c., *Gaz. Pal.* 1968, (84) 85; M.T. MEULDERS-KLEIN en B. MAINGAIN, o.c. in JOURNÉES D’ÉTUDES JURIDIQUES JEAN DABIN (ed.), *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs*, (215) 241-242, nr. 32.

zichzelf wou beschermen.³¹⁴⁶ Dit sluit aan bij de restrictieve houding die de wetgever bij de totstandkoming van de Orgaantransplantatiewet ten aanzien van levende donoren wou aannemen.³¹⁴⁷ Het betreft een beperking van de beslissingsvrijheid van de donor.³¹⁴⁸

662. De logica van het *ultimum remedium*-criterium is duidelijk: hoe zwaarder de gevolgen voor de levende donor, hoe groter het belang voor de ontvanger moet zijn. Artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet moet bijgevolg gezien worden als een concrete invulling van de algemene evenredigheidsregel.³¹⁴⁹ Zo sluit het *ultimum remedium*-criterium aan bij het onaanvaardbaarheids criterium uit artikel 3, § 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet,³¹⁵⁰ maar begrenst het de principiële vrijheid van de arts om te beoordelen of de orgaanwegname bij leven aanvaardbaar is. De arts zal immers aan de parameters van artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet gebonden zijn.

A posteriori kan een toetsing door de strafrechter plaatsvinden. Indien deze een overtreding van de voorwaarden van artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet vaststelt, dan betreft het een wanbedrijf dat bestraft kan worden met een gevangenisstraf van drie maanden tot één jaar en/of een geldboete van 1.000 tot 10.000 euro.³¹⁵¹ Deze bestraffing is veel strenger dan de bestraffing van de schending van het onaanvaardbaarheids criterium (*cf.* art. 3, § 1, lid 2 *juncto* art. 17, § 1 Orgaantransplantatiewet: gevangenisstraf van drie maanden tot zes maanden en/of met een geldboete van 500 tot 5.000 euro). De schending van artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet zal logischerwijze het nemen van een onaanvaardbaar gezondheidsrisico voor de donor en dus tegelijk een schending van art. 3, § 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet uitmaken. Overeenkomstig artikel 65, lid 1 Sw. zal dan enkel de zwaarste straf mogen worden uitgesproken, *in casu* de straf gesteld op overtreding van artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet. De overtreding van het *ultimum remedium*-criterium vormt verder ook een burgerrechtelijke fout die een verplichting doet ontstaan tot vergoeding van alle schade in causaal verband met deze fout.

663. Het *ultimum remedium*-criterium is sinds de totstandkoming van de Orgaantransplantatiewet in 1986 niet meer gewijzigd, terwijl de transplantatiegeneeskunde sindsdien enorm is geëvolueerd. De wetgever van toen merkte zelf al op dat met de ontwikkeling van de geneeskunde en het ontstaan van nieuwe situaties rekening zal moeten worden gehouden.³¹⁵² In wat volgt zal daarom worden overgegaan tot een kritische analyse van de bestanddelen van het *ultimum remedium*-criterium met specifieke aandacht voor hun verenigbaarheid met de hedendaagse medische verworvenheden. Eerst wordt ingegaan op de

³¹⁴⁶ T. VANSWEEVELT, “Art. 6 Orgaantransplantatiewet” in *Comm. Pers.*, 2007, currens, 2; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 103. Dit is ook de reden waarom niet werd voorzien in cumulatieve, maar in alternatieve verzwarende omstandigheden (ernstige gevolgen of non-regenereerbaarheid). Zie: Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220/9, 25.

³¹⁴⁷ Zie *supra* Hoofdstuk II, Afd. 1 van dit Deel.

³¹⁴⁸ T. VANSWEEVELT, “Art. 6 Orgaantransplantatiewet” in *Comm. Pers.*, 2007, currens, 2; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 103.

³¹⁴⁹ A. VAN OEVELEN en A. DE BOECK, “De begrenzing van de contractuele vrijheid ten aanzien van de beschikkingsmacht over het menselijk lichaam” in CENTRUM GRONDSLAGEN VAN HET RECHT UNIVERSITEIT ANTWERPEN (UFSIA) (ed.), *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen, Maklu, 1996, (305) 347-348; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 103 en 191. Zie in die zin ook: Advies Raad van State, *Parl. St.* Senaat 1984-1985, nr. 832/1, 25.

³¹⁵⁰ Eigenlijk moet veeleer worden gezegd dat het onaanvaardbaarheids criterium aansluit bij het *ultimum remedium*-criterium in plaats van andersom. Het laatstgenoemde criterium bestaat al sinds de totstandkoming van de Orgaantransplantatiewet, terwijl het onaanvaardbaarheids criterium pas in 2012 werd toegevoegd.

³¹⁵¹ Art. 6, § 1 *juncto* art. 17, § 3, lid 1 Orgaantransplantatiewet.

³¹⁵² Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220/9, 25.

hypothesen waarin wetgever welbepaalde bijkomende voorwaarden nodig acht oftewel de ‘verzwarende omstandigheden’ (§ 2). Vervolgens komen de ‘verzwaarde voorwaarden’ zelf aan bod (§ 3).

§ 2. DE VERZWARENDE OMSTANDIGHEDEN

664. Artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet behelst twee verzwarende omstandigheden. De eerste verzwarende omstandigheid is gebaseerd op een ernstcriterium (*infra* A), terwijl de tweede omstandigheid is gebaseerd op een regeneratiecriterium (*infra* B).

A. Het ernstcriterium

665. Indien de orgaanwegname bij de levende persoon “*ernstige gevolgen kan hebben voor de donor*”,³¹⁵³ dan is ze overeenkomstig artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet enkel geoorloofd indien de ontvanger in levensgevaar verkeert en de transplantatie van een orgaan van een overledene geen even bevredigend resultaat oplevert. Hierna wordt achtereenvolgens stilgestaan bij de aard (*infra* 1), de ernst (*infra* 2) en de frequentie van de gevolgen (*infra* 3). Verder wordt ook de vraag gesteld of bepaalde ernstige gevolgen niet veeleer als een maximumgrens in plaats van louter verzwarende omstandigheden fungeren (*infra* 4). Op basis van de bevindingen hierbij zal een voorstel tot aanvulling van het ernstcriterium worden geponeerd (*infra* 5).

1. Aard van de gevolgen

666. Artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet preciseert niet welke soorten gevolgen als verzwarende omstandigheid kunnen gelden. Er moet m.i. worden aangenomen dat niet enkel de lichamelijke, maar ook de psychosociale gevolgen (incl. financiële gevolgen) in rekening moeten worden gebracht.³¹⁵⁴ Dit vloeit logischerwijze voort uit het belang dat de wetgever aan deze aspecten hechtte³¹⁵⁵ en de nood om de levende donor een ruime bescherming te bieden.

Artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet spreekt bovendien enkel van de gevolgen ‘voor de donor’. Naar de gevolgen voor het algemeen belang wordt niet verwezen. Dit bevestigt de eerdere vaststelling dat het algemeen belang ondergeschikt is aan het individuele belang van de donor (zie *supra*).

2. Ernst van de gevolgen

667. De wetgever heeft bewust niet verduidelijkt wanneer de gevolgen als ‘ernstig’ te beschouwen zijn. De bedoeling was om de arts alsnog enige appreciatiemarge te geven en dit geval per geval te beoordelen.³¹⁵⁶ Het zou inderdaad onmogelijk zijn om alle mogelijke ernstige

³¹⁵³ Aanvankelijk stemden de Nederlandstalige en Franstalige teksten niet overeen. De Franstalige tekst sprak enkel over “...*peut avoir des conséquences pour le donneur*...”. Dit was duidelijk een vergetelheid (Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 7, voetnoot 3 en 4). Bij art. 17 wet van 3 juli 2012 (BS 24 augustus 2012) werd dit dan ook gewijzigd naar “...*peut avoir des conséquences graves pour le donneur*...”.

³¹⁵⁴ In dezelfde zin: L. GILLIEAUX, “Wegname en transplantatie van organen”, *Rev. Rw.* 1988, (11) 12, die spreekt over de gevolgen voor het sociale leven of het beroepsleven.

³¹⁵⁵ Zie met name art. 9, lid 2 Orgaantransplantatiewet en de bespreking *supra* Hoofdstuk III, Afd. 5, § 5, B van dit Deel.

³¹⁵⁶ Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220/9, 25 (maar zie op p. 32, waar sommige volksvertegenwoordigers pleitten voor een juridische definiëring van ‘ernstige gevolgen’). Zie ook: L. BOSMAN en M.L. LEROY-SWAANS, *o.c.*, *Rev. Méd. Liège* 1968, (588) 595; Memorie van toelichting Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 69.

gevolgen in detail te preciseren bij wet. Er moet telkens worden gekeken naar de specifieke situatie van de donor voorafgaand aan de wegneming en de te verwachten evolutie van zijn situatie na de wegneming. Het gevaar is dan wel dat er discrepanties tussen transplantatiecentra onderling ontstaan.

668. Toch heeft de wetgever recent, maar wellicht onbewust tot op zekere hoogte een standpunt inzake de ernst van de gevolgen ingenomen. Ter omzetting van Richtlijn 2010/53/EU werd een regeling getroffen voor zogenaamde ‘*ernstige ongewenste bijwerkingen*’. Dergelijke bijwerking wordt overeenkomstig artikel 3, o) Richtlijn 2010/53/EU en artikel 1^{ter}, 12° Orgaantransplantatiewet gedefinieerd als “*een onbedoelde reactie, met inbegrip van een overdraagbare ziekte, die zich mogelijk ergens in de keten van donatie tot transplantatie bij de levende donor of de ontvanger voordoet en die dodelijk is, levensgevaar oplevert, invaliditeit of arbeidsongeschiktheid veroorzaakt, dan wel leidt tot opname in een ziekenhuis of tot ziekte of de duur van de ziekenhuisopname of de ziekte verlengt*” (eigen onderlijning). Volgens de Orgaantransplantatiewet is er in deze gevallen aldus sprake van ‘ernst’ ten aanzien van een levende donor.

De algemene parameters uit artikel 1^{ter}, 12° Orgaantransplantatiewet kunnen evenwel slechts gedeeltelijk richtinggevend zijn voor artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet. De doelstellingen van deze bepalingen verschillen immers. Artikel 1^{ter}, 12° Orgaantransplantatiewet heeft het over de gevolgen die voldoende ernstig zijn opdat ze gemeld moeten worden.³¹⁵⁷ In artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet staat de ernst daarentegen in het teken van de vraag in hoeverre orgaanwegneming bij een levend persoon geoorloofd kan zijn. Er kan dus niet worden aanvaard dat een orgaanwegneming die geen van de gevolgen uit artikel 1^{ter}, 12° Orgaantransplantatiewet heeft, *a contrario* geen ernstige gevolgen kan hebben in de zin van artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet. Te denken valt bv. aan financiële gevolgen, die niet in artikel 1^{ter}, 12° vermeld worden, maar desgevallend wel ernstig in de zin van artikel 6, § 1 kunnen zijn. Ook zouden volgens artikel 1^{ter}, 12° enkel *onbedoelde* arbeidsongeschiktheid, invaliditeit of opname in een ziekenhuis ernstige gevolgen zijn. De normale arbeidsongeschiktheid, invaliditeit en ziekenhuisopname, die onvermijdelijk gepaard gaan met een orgaanwegneming, zouden op zich echter ook voldoende ernstig kunnen zijn opdat bijkomende evenredigheidsvoorwaarden worden opgelegd. Andersom is bv. een onbedoelde verlenging van de ziekte ernstig volgens artikel 1^{ter}, 12°, maar zal dit m.i. niet noodzakelijk zo zijn voor artikel 6, § 1 (bv. slechts 1 dag extra uit voorzorg).

669. Een tweede referentiepunt inzake het ernstig karakter van de gevolgen kan gevonden worden in artikel 5 Wet Medische Ongevallen. Overeenkomstig deze bepaling is er volgens de wetgever sprake van ernstige schade indien “1° de patiënt is getroffen door een blijvende invaliditeit van 25 % of meer; 2° de patiënt is getroffen door een tijdelijke arbeidsongeschiktheid gedurende minstens zes opeenvolgende maanden of zes niet opeenvolgende maanden over een periode van twaalf maanden; 3° de schade verstoort bijzonder zwaar, ook economisch, de levensomstandigheden van de patiënt; 4° de patiënt is overleden”. Maar ook deze opsomming kan slechts gedeeltelijk inspirerend zijn voor artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet. Het doel van artikel 5 Wet Medische Ongevallen is immers om wegens de beperkte financiële middelen ter vergoeding van gezondheidsschade een selectie van

³¹⁵⁷ Zie over dit notificatiesysteem art. 3^{sexies} Orgaantransplantatiewet en uitvoeriger *infra* Deel VI, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, A.4.

de *meest* ernstige schadegevallen te maken.³¹⁵⁸ De bedoeling achter artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet is daarentegen om *alle* ernstige gevolgen in rekening te nemen. Bijgevolg kunnen de ernstige gevolgen uit artikel 5 Wet Medische Ongevallen wel als ernstig in de zin van artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet beschouwd worden, maar zal artikel 6, § 1 ruimer zijn.

3. Frequentie van de gevolgen

670. Artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet koppelt immers bijkomende voorwaarden aan de wegneming die “*ernstige gevolgen kan hebben*” (eigen onderlijning). Volgens de tekst van de wet volstaat bijgevolg de loutere mogelijkheid op ernstige gevolgen, hoe gering ook. Een lage risicofrequentie zal *de lege lata* niet tot een soepeler regime kunnen leiden.

Deze strikte visie dringt zich op om verschillende redenen. Het betreft hier een duidelijke regel die strafrechtelijk wordt gesanctioneerd. In principe dient daarom een letterlijke interpretatie gevolgd te worden.³¹⁵⁹ Daarnaast zal deze interpretatie ertoe leiden dat er sneller sprake zal zijn van ernstige gevolgen, zodat er sneller bijkomende voorwaarden vervuld moeten worden. Dit sluit aan bij de bedoeling van de wetgever, nl. het verstrengen van de voorwaarden voor orgaanwegneming om de levende donor te beschermen. De letterlijke of strikte interpretatie kan eveneens worden gesteund op artikel 7, § 1 Orgaantransplantatiewet betreffende de minderjarige donoren.³¹⁶⁰ Overeenkomstig deze bepaling wordt (slechts) vereist dat de wegneming *normalerwijze* geen ernstige gevolgen heeft. In tegenstelling tot bij meerderjarige donoren werd bij de minderjarigen dus duidelijk bepaald dat rekening mag worden gehouden met de frequentie van de ernstige gevolgen. *A contrario* kan hieruit worden afgeleid dat het de bedoeling was om ten aanzien van de meerderjarige donor geen rekening te houden met de risicofrequentie.³¹⁶¹

Welnu, bij de chirurgische wegneming van een orgaan onder narcose zullen in de huidige stand van de wetenschap *altijd* ernstige gevolgen mogelijk zijn, ook al is het risico zeer klein.³¹⁶² Er kan bv. verwezen worden naar het overlijdensrisico.³¹⁶³ Overeenkomstig de letterlijke interpretatie van artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet zal bijgevolg *de facto* altijd aan de bijkomende voorwaarden voldaan moeten zijn.

4. De maximumgrens van ernst

671. De film *John Q* (2002) vertelt het fictieve verhaal van een vader die de wanhoop nabij is en in het ziekenhuis ermee dreigt zelfmoord te plegen opdat de artsen zijn hart zouden kunnen transplanteren in zijn zieke zoon. Ook in de realiteit blijken sommige orgaandonoren wel zeer ver te willen gaan om de ontvanger te helpen. Bij de totstandkoming van de Orgaantransplantatiewet werd vermeld dat er zich in de Verenigde Staten al gevallen hebben

³¹⁵⁸ Zie: T. VANSWEEVELT, o.c., *T. Gez.* 2010-11, (84) 92 en 107.

³¹⁵⁹ Cf. *supra* Deel II, Hoofdstuk II, Afd. 1.

³¹⁶⁰ Zie voor een uitgebreide bespreking *infra* Hoofdstuk V, Afd. 1 van dit Deel.

³¹⁶¹ Een zeer lage risicofrequentie zou er nog wel toe kunnen leiden dat bepaalde ernstige gevolgen niet moet worden meegedeeld. Dit betreft weliswaar de evenredigheidsafweging die de potentiële donor op basis van zijn zelfbepalingsrecht voor zichzelf zal maken, en is te onderscheiden is van de evenredigheidsafweging door de arts (of de rechter).

³¹⁶² Zie ook: D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 247; A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, 1999, 53; S. PANIS, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1215) 1246 (over nierwegneming).

³¹⁶³ Zie al *supra* Afd. 1, § 2, A.1.a. van dit Hoofdstuk. Het risico op overlijden ten gevolge van anesthesie wordt in het algemeen nochtans geschat op slechts 1 kans op 400.000 (zie: www.sarb.be > Algemene info > Info over anesthesie > Mogelijke risico's en bijwerkingen).

voorgedaan waarbij bv. een vader bij leven zijn hart zou willen doneren aan zijn zieke zoon uit liefde.³¹⁶⁴ In Engeland is er een geval bekend waarbij een vader zijn enige nier wou afgeven aan zijn zieke zoon, waardoor de vader voor de rest van zijn leven van de dialyse afhankelijk zou zijn.³¹⁶⁵ Ook in België kwam blijkbaar al een gelijkaardig geval voor: een vader wilde zijn nier afstaan aan zijn ongeneeslijk zieke zoon, maar werd geweigerd omdat de nierwegneming wegens een hartziekte levensgevaarlijk voor hem zou zijn.³¹⁶⁶ Donoren die bereid zijn om dergelijke hoge risico's te nemen voor de ontvanger, worden wel eens 'heroïsche' donoren genoemd.³¹⁶⁷

Artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet stelt enkel dat er bijkomende voorwaarden moeten vervuld zijn, indien er ernstige gevolgen voor de donoren kunnen zijn. Hiermee wordt aan ernstige gevolgen geen uitdrukkelijke maximumgrens gesteld.³¹⁶⁸ Ernstige gevolgen zijn niet uitgesloten, voor zover aan het levensgevaarvereiste en het subsidiariteitsvereiste voldaan is.³¹⁶⁹ Dit kan de indruk wekken dat het zelfs geoorloofd kan zijn om een orgaan bij een levende donor weg te nemen indien men weet dat deze wegneming tot de dood of tot andere zeer ernstige gevolgen voor de donor zal leiden.³¹⁷⁰ Sluit deze indruk aan bij de juridische realiteit of geldt er impliciet wel degelijk een maximumgrens van ernst? De verschillende argumenten worden hierna stuk voor stuk bekeken (*infra* a t.e.m. d).

a. Het argument van het toepassingsgebied van de Orgaantransplantatiewet

672. H. Nys stelde reeds dat transplantatie van het hart van een levende donor, wat tot de dood van die donor zou leiden,³¹⁷¹ niet geoorloofd is. Hiertoe argumenteerde hij destijds dat transplantatie met het hart van een levende donor een experimenteel karakter zou vertonen, terwijl de Orgaantransplantatiewet orgaanwegneming bij leven enkel toelaat voor transplantatie met therapeutische doeleinden.³¹⁷²

Zelfs al zou ze een experimenteel karakter hebben, dan nog sluit een therapeutisch oogmerk een (gemengd) experimenteel karakter niet uit. De Orgaantransplantatiewet is sinds 2012 zelfs expliciet van toepassing op transplantaties met zo'n gemengd oogmerk.³¹⁷³ De afbakening van de Orgaantransplantatiewet biedt bijgevolg geen klaar antwoord op de voorliggende problematiek.

b. Het argument van artikel 8, § 1 Orgaantransplantatiewet

673. Een eventueel argument tegen orgaanwegneming die leidt tot de dood of tot andere zeer ernstige gevolgen voor de donor, luidt dat de donor zijn beslissing niet vrij en bewust heeft

³¹⁶⁴ MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220/9, 26.

³¹⁶⁵ A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, 1999, 50.

³¹⁶⁶ *Vr. en Antw.* Senaat 2006-07, 8 mei 2006, p. 9205 (Vr. nr. 3-5034 ANSEEUW).

³¹⁶⁷ A. SPITAL, "Ethical issues in living organ donation: Donor autonomy and beyond", *AJKD* 2001, vol. 38, nr. 1, 189-195; R. STEINER en A.J. MATAS, o.c., *Am. J. Transpl.* 2008, vol. 8, (930) 931.

³¹⁶⁸ L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 75-76.

³¹⁶⁹ Zie over deze voorwaarden *infra* § 3 van deze Afdeling.

³¹⁷⁰ Zie reeds: Dhr. Van den Bossche in Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220/9, 26, die erop wees dat art. 6 Orgaantransplantatiewet geen beperking in die zin bevatte en zich bovendien niet tegen deze mogelijkheid verzette; Advies van de Raad van State, *Parl. St. Senaat* 1984-85, nr. 832-1, 25.

³¹⁷¹ De hypothese van een hartdominotransplantatie wordt hier dus niet meegerekend.

³¹⁷² H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 2005, 518, nr. 1210.

³¹⁷³ Art. 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet. Zie ook al *supra* Deel II, Hoofdstuk III, Afd. 3, § 2.

gemaakt.³¹⁷⁴ Het verbod op bepaalde ‘heroïsche’ donoren zou dan met andere woorden gesteund kunnen worden op artikel 8, § 1 Orgaantransplantatiewet.

De vraag naar de geoorlooftheid van orgaanwegname met zeer ernstige gevolgen mag echter niet gelijkgesteld worden met de vraag naar vrij en bewuste toestemming. Er kan bezwaarlijk worden aangenomen dat alle donoren die ernstige risico’s willen aangaan, daardoor onvrij of onbewust zouden handelen.³¹⁷⁵ Zo kan men bv. niet stellen dat het verlangen van een ouder om zijn leven op te offeren voor een kind, gelet op de bestaande morele plichten, een irrationele keuze is.³¹⁷⁶ Uiteraard bestaat er wel een risico op onvrije of onbewuste toestemming, maar dit is geenszins noodzakelijk zo. Bijgevolg kan worden aangenomen dat een donor in principe vrij en bewust kan beslissen om een orgaanwegname met zeer ernstige gevolgen te ondergaan. Maar dit wil echter nog niet zeggen dat dergelijke wil vanuit maatschappelijk oogpunt steeds gehonoreerd moet worden.

c. Het argument van artikel 3, § 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet

1) *Principe*

674. Een ander argument tegen orgaanwegname met dodelijke of andere zeer ernstige gevolgen kan gezocht worden in het onaanvaardbaarheids criterium uit artikel 3, § 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet. Het onaanvaardbaarheids criterium geldt bovenop het *ultimum remedium*-criterium van artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet en vult dit aan bij wijze van *catch all*-bepaling. Volgens de evenredigheidsafweging die in het onaanvaardbaarheids criterium vervat zit, zou orgaanwegname met dodelijke of andere zeer ernstige gevolgen in theorie aanvaardbaar kunnen zijn mits hiertegenover een zwaarwichtiger belang staat. Ernstige risico’s zijn niet noodzakelijk onaanvaardbaar.³¹⁷⁷

2) *Toepassing in het licht van de ‘dead donor rule’*

675. Sinds lang wordt in de rechtsleer haast unaniem aangenomen dat orgaanwegname die (wellicht) zal leiden tot de dood van de donor, resoluut onaanvaardbaar is.³¹⁷⁸ In buitenlandse

³¹⁷⁴ In die zin: W. GLANNON en L.F. ROSS, “Do Genetic Relationships Create Moral Obligations in Organ Transplantation?”, *Camb. Q. Healthc. Ethics* 2002, vol. 11, (153) 154; W. GLANNON, o.c., *Camb. Q. Healthc. Ethics* 2013, (192) 201; R. STEINER en A. MATAS, “Response to: Spital ‘Uncertainty Does Not Preclude Rationality’”, *Am. J. Transpl.* 2008, vol. 8, 1966.

³¹⁷⁵ Vgl. D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 249.

³¹⁷⁶ M.F. ANDERSON, o.c., *Health Matrix* 1995, vol. 5, (249) 292.

³¹⁷⁷ Vgl. ook B. SLUYTERS, o.c. in J.M. GREEP (ed.), *Orgaantransplantatie*, 1970, (361) 387, die stelt dat het te streng zou zijn om slechts minieme, niet te verwaarlozen risico’s voor de donor toe te laten.

³¹⁷⁸ België: R. DIERKENS, *Lichaam en lijk*, 1962, 53; L. BOSMAN en M.L. LEROY-SWAANS, o.c., *Rev. Méd. Liège* 1968, (588) 593-594 en 595; R. SCREVEN, o.c., *JT* 1968, (227) 227 (over de hartwegname); E. RIGAUX, “Groote Schuur: décembre 1967”, *JT* 1969, (453) 456; P.-E. TROUSSE, “Influence des progrès de la biologie et de la médecine sur le droit pénal” in *Rapports belges du VIIIe Congrès international de droit comparé*, 1970, (705) 722; H.A.H. VAN TILL-D’AULNIS DE BOUROUILLE, “Doodsriteria. Achtergronden van de verwarring en een poging tot verheldering”, *TPR* 1974, (495) 533; E. DIRIX, “Grondrechten en overeenkomsten” in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, (35) 72, nr. 30; W. DREESSEN, o.c., *Jura Falc.* 1984-85, (500) 515; M. COOPMAN, “Orgaandonatie en het tekort aan donoren in vergelijkend perspectief. De situatie in België en Nederland”, *Jura Falc.* 2007-08, (383) 392. *Contra*: A. DEMOOR, o.c., *Jura Falc.* 1976-77, (69) 74. Nederland: E.D. HIRSCH BALLIN, *Juridische aspecten van orgaantransplantaties*, Deventer, Kluwer, 1968, 10; B. SLUYTERS, o.c. in J.M. GREEP (ed.), *Orgaantransplantatie*, 1970, (361) 383-384 en 387; C.F. WERY, “Beschikken over eigen lichaam en lichaamsdelen”, *Ars Aequi* 1976, (305) 311; S. PERRICK, “Schenking van organen. Enkele juridische aspecten”, *TvGR* 1979, (141) 143-144; J.H.S. VAN HERTEN, “Toestemming bij ontleding, niet gerechtelijke sectie en orgaanexplantatie”, *TvGR* 1980, (190) 195; H.D.C. ROSCAM ABBING, “Belangen en wetgever” in J.E.M. AKVELD et al. (eds.), *Orgaandonatie, een kwestie van bereidheid*, Lelystad, Koninklijke Vermande, 1988, (97) 99; J. VAN RAAK-KUIPER, “De rechtspositie van minderjarigen en de Wet op de orgaandonatie”, *FJR* 1998, (114) 117; GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 117; Memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, 22.358, nr. 3, 10; J. SIJMONS, “Beschikken over organen na overlijden: organen als collectieve nalatenschap?”, *NTBR* 2013, (259) 265. Frankrijk: J. PY, “À propos des greffes du coeur: garanties juridiques indispensables pour les greffes d’organes”, *Gaz. Pal.* 1968, (84) 85; A. CHARAF ELDINE, “Les prélèvements d’organes.

literatuur spreekt men vaak (maar ietwat ongelukkig)³¹⁷⁹ van de *dead donor rule*, die stelt dat personen niet gedood mogen worden om orgaanwegneming te kunnen uitvoeren en dat de orgaanwegneming niet de dood van de donor mag veroorzaken, ongeacht de wil van de betrokkene zelf.³¹⁸⁰ Ook de Belgische wetgever gaf in de toelichting bij de Orgaantransplantatiewet expliciet te kennen dat het geenszins de bedoeling was om orgaanwegneming met de dood tot gevolg geoorloofd te maken.³¹⁸¹ Volgens deze visie zal dergelijke orgaanwegneming dan ook gekwalificeerd moeten worden als opzettelijke doding (art. 392 e.v. Sw.),³¹⁸² meer bepaald moord (art. 394 Sw.).³¹⁸³

Hoewel het verbod op dodelijke orgaanwegneming veelvuldig wordt onderschreven, valt op dat de meeste auteurs hiervoor doorgaans geen verklaring geven. Dit toont aan dat men het als een vanzelfsprekende, elementaire gedachte beschouwt. Is dit inderdaad zo vanzelfsprekend? Om hierop te antwoorden, worden de verschillende mogelijke argumenten hieronder gewikt en gewogen.

676. Een eerste argument ter verdediging van een zogenaamde *dead donor rule* betreft de sociale nood aan respect voor personen en voor het menselijke leven.³¹⁸⁴ Dit argument is verbonden met de ethische idee dat de mens niet enkel als middel maar steeds ook als doel moet

Commentaire de la loi n° 76-1181 du 22 déc. 1976”, *Rev. Dr. Sanit.* 1978, (445) 456 en 458; J.-P. DOLL, *La discipline des greffes, des transplantations et des autres actes de disposition concernant le corps humain*, 1970, 94, die dergelijke *mort sur demande* of *don-suicide* strijdig met de openbare orde en de goede zeden acht; J.-P. DOLL, *o.c.*, *Gaz. Pal.* 1974, (820) 822. *Engeland*: G. DWORKIN, *o.c.*, *Mod. L. Rev.* 1970, vol. 33, (351) 355-359; K. McK. NORRIE, *o.c.*, *Int. & Comp. L.Q.* 1985, (442) 447; I. KENNEDY en A. GRUBB, *Principles of medical law*, Oxford, Oxford University Press, 1998, 122-123; A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, 1999, 33; M.A. JONES, *Medical Negligence*, London, Sweet & Maxwell, 2003, 582; B. DICKENS, “Donation and transplantation of organs and tissues” in A. GRUBB (ed.), *Principles of medical law*, Oxford, Oxford University Press, 2004 (2^{de} ed), (1025) 1057, die preciseert dat de donor wel de bevoegdheid heeft om overlijden of letsels te riskeren; J. HERRING, *Medical law and ethics*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 364 en 371. *VSA*: G.J. BANKS, *o.c.*, *Am. J.L. & Med.* 1995, (45) 80, 96 en 97; M.F. ANDERSON, *o.c.*, *Health Matrix* 1995, vol. 5, (249) 293. *Overige*: H.-L. SCHREIBER, *o.c.* in W. LAND en J.B. DOSSETOR (eds.), *Organ Replacement Therapy*, 1991, (13) 14; Memorie van toelichting bij art. 11, lid 2 Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 69; Aanbeveling 4, g in Resolution CM/Res(2008)4 on adult-to-adult living donor liver transplantation, <http://www.coe.int>; Aanbeveling viii in Resolution CM/Res(2013)56 on the development and optimisation of live kidney donation programmes, <http://www.coe.int>; L. LOPP, Regulations regarding living organ donation in Europe, 2013, 48, 72 en 153.

³¹⁷⁹ Dit begrip kan verkeerdelijk de indruk wekken dat enkel overledenen als donor kunnen optreden. Uiteraard is orgaanwegneming wel degelijk ook vóór de dood mogelijk.

³¹⁸⁰ J.A. ROBERTSON, “The Dead Donor Rule”, *Hastings Center Report* 1999, (6) 6. Zie o.a. ook: GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 221; W.N. KEYES, *Bioethical and evolutionary approaches to medicine and the law*, Chicago ill., American Bar Association, 2007, 643; R. MUNSON, *o.c.* in B. STEINBOCK (ed.), *The Oxford handbook of bioethics*, 2007, (211) 221; B.J. SPIELMAN, “Acquiring and allocating human organs for transplant” in A.S. ILTIS, S.H. JOHNSON en B.A. HINZE (eds.), *Legal perspectives in bioethics*, New York, Routledge, 2008, (143) 143; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 172; S.K. SHAH en F.G. MILLER, “Can We Handle the Truth? Legal Fictions in the Determination of Death”, *Am J.L. & Med.* 2010, (540) 543; A.K. GLAZIER, “Systematic increases in organ donation: the United States experience” in A.-M. FARRELL, D. PRICE en M. QUIGLEY (eds.), *Organ shortage*, 2011, (195) 206; J.-M. PIRET, “Organ Procurement and Allocation: Tragic Choices and Utilitarian Redefinitions of Death” in A. DEN EXTER en M. BUIJSEN (eds.), *Rationing Health Care. Hard Choices and Unavoidable Trade-offs*, Maklu, Antwerpen, 2012, (87) 97; W. GLANNON, “The Moral Insignificance of Death in Organ Donation”, *Camb. Q. Healthc. Ethics* 2013, (192) 192. Zie ook: P. SCHOTSMANS, *Handboek medisch ethiek*, Leuven, LannooCampus, 2008, 161, die dit beschouwt als een fundamenteel moreel en ethisch uitgangspunt voor orgaantransplantatie.

³¹⁸¹ Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220/9, 26. Zie ook de commentaar in H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 2005, 518, nr. 1210, waar de auteur ook verwijst naar het subsidiariteitsvereiste uit artikel 6, § 1 in fine Orgaantransplantatiewet.

³¹⁸² Juridische nota, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220/9, 53, overgenomen uit J. MATTHIJS, *o.c.*, *RW* 1971-72, (161) 174, nr. 23. Zie ook: R. SCREVEN, “Greffes du coeur”, *JT* 1968, (227) 227; H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 2005, 518, nr. 1210.

³¹⁸³ W. DREESSEN, *o.c.*, *Jura Falc.* 1984-85, (500) 513; H. NYS, *Recht en bio-ethiek*, 2010, 135. Vgl. H.J.J. LEENEN, *o.c.*, *NJB* 1978, (871) 874; W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties: oorzaken en oplossingen in juridisch perspectief*, Arnhem, Gouda Quint, 1992, 33; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 180-181; J.C.J. DUTE, J. LEGEMAATE et al., *Handboek gezondheidsrecht*, 2014 (6^{de} ed.), 268.

³¹⁸⁴ J.A. ROBERTSON, *o.c.*, *Hastings Center Report* 1999, (6) 6 en 12-13. Zie ook: E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen. De praktijk van postmortale orgaandonatie: een kritische beschouwing*, Utrecht, Van der Wees, 1999, 22.

worden behandeld.³¹⁸⁵ In de huidige maatschappij is dergelijk respect inderdaad een kernwaarde. Dit blijkt uit artikel 2 EVRM, dat bepaalt dat het recht op leven moet worden beschermd door de wet en dat in principe niemand opzettelijk van het leven mag worden beroofd.³¹⁸⁶ Eens te meer zal artikel 2 EVRM in deze richting sturen indien het EHRM deze bepaling zou interpreteren in het licht van artikel 11, lid 2 Transplantatieprotocol EVRM-Bio. Deze laatste verdragsbepaling verbiedt immers orgaanwegname bij levenden in geval van ernstig risico voor het leven van de levende donor.

677. Een tweede, concreter argument voor een verbod op dodelijke orgaanwegname steunt op het principe van belangenafweging vervat in artikel 3, § 1, lid 2 en artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet. De stelling luidt dan dat er in geval van dodelijke orgaanwegname geen voldoende zwaarwichtig belang bestaat waarmee de dood van de donor kan worden uitgebalanceerd.³¹⁸⁷ Het levensbelang van de ontvanger kan niet opwegen tegen het levensbelang van de donor, die noch lichamelijke, noch psychosociale voordelen zou ervaren. *Supra* werd in navolging van R. Dierkens immers al verdedigd dat de gelijkwaardigheid tussen mensen de arts niet toelaat om tussen donor en ontvanger een keuze te maken.³¹⁸⁸ Wanneer het belang van de ontvanger daarentegen niet het redden van zijn leven betreft, zal dit al helemaal niet tegen het levensbelang van de donor kunnen opwegen.

Nochtans zijn er situaties denkbaar waarbij het nadeel voor de donor zeer beperkt of zelfs onbestaande lijkt te zijn, zodat de onevenredigheid van dodelijke orgaanwegname lijkt te vervagen. Aldus verdedigen F.G. Miller en R.D. Truog dat de *dead donor rule* kan verlaten worden onder twee voorwaarden. Enerzijds moet de levende donor kunstmatig in leven worden gehouden en zo goed als zeker sterven wanneer deze kunstmatige ondersteuning wordt gestaakt. Anderzijds moet de donor of zijn vertegenwoordiger hebben toegestemd. Ze achten dit gerechtvaardigd omdat er in dergelijk geval geen nadeel aan de leven donor zou worden berokkend (mits eventuele pijnmedicatie) en zijn autonomie gerespecteerd zou worden.³¹⁸⁹ Evenzo stellen D. Wilkinson en J. Savulescu dat men de *dead donor rule* kan laten varen indien de terminale levende donor toch sowieso zal sterven ingevolge een beslissing tot therapiestopzetting en hij zelf voor de orgaanwegname kiest. Door deze persoon dan onder anesthesie te brengen en vervolgens de organen weg te nemen (ze noemen dit *organ donation euthanasia*), verkrijgt men het voordeel van de beschikbaarheid van verschillende levensvatbare organen zonder dat er iemand nadeel lijdt.³¹⁹⁰ In dezelfde lijn poneerde ten slotte W. Glannon de stelling dat niet de dood op zich, maar wel de belangen van de donor moreel

³¹⁸⁵ Zie o.a.: PRESIDENT'S COUNCIL ON BIOETHICS, *Controversies in the Determination of Death*, 2008, <https://bioethicsarchive.georgetown.edu>, 71; S. FRY-REVERE, T. REHER en M. RAY, "Death: A New Legal Perspective", *J. Contemp. Health L. & Pol'y* 2010-11, (1) 1.

³¹⁸⁶ Zie ook al: W. DREESSEN, o.c., *Jura Falc.* 1984-85, (500) 515; H.D.C. ROSCAM ABBING, o.c. in J.E.M. AKVELD *et al.* (eds.), *Orgaantransplantatie, een kwestie van bereidheid*, 1988, (97) 97-98 en 110.

³¹⁸⁷ Vgl. J. KAHN, o.c., *J. L. Med. & Ethics* 2002, vol. 30, (446) 446.

³¹⁸⁸ R. DIERKENS, *Lichaam en lijk*, 1962, 53-54. Zie in die zin ook: J.-P. DOLL, *La discipline des greffes, des transplantations et des autres actes de disposition concernant le corps humain*, 1970, 188; H.A.H. VAN TILL-D'AULNIS DE BOURQUILL, o.c., *TPR* 1974, (495) 518; G.J. BANKS, o.c., *Am. J.L. & Med.* 1995, (45) 61; M.F. ANDERSON, o.c., *Health Matrix* 1995, vol. 5, (249) 290-291, die het ruilen van een leven voor een leven vanuit utilitaristisch perspectief onethisch acht; E.P. FOLEY, *The Law of Life and Death*, Cambridge, Harvard University Press, 2011, 110-112.

³¹⁸⁹ F.G. MILLER en R.D. TRUOG, "Rethinking the Ethics of Vital Organ Donations", *Hastings Center Report* 2008, (38) 41 en 42 en 44; R.D. TRUOG, F.G. MILLER en S.D. HALPERN, o.c., *NEJM* 2013, (368) 1287-1288. Zie ook al in die zin t.a.v. potentiële donoren die zich in een permanent vegetatieve toestand bevinden: R. HOFFENBERG *et al.*, "Should organs from patients in permanent vegetative state be used for transplantation?", *The Lancet* 1997, (350) 1320-1321.

³¹⁹⁰ D. WILKINSON en J. SAVULESCU, "Should we allow organ donation euthanasia? Alternatives for maximizing the number and quality of organs for transplantation", *Bioethics* 2012, (26) 40-41, 46 en 47. Zie ook: B. ABEL, "Physician Assisted Homicide in Organ Donations After Cardiac Death: the Failure of Biotechnologies to Comply with the Uniform Definition of Death Act and the Dead Donor Rule", *Health & Biomedical L.* 2012, geraadpleegd via www.westlawinternational.com, (1) 12.

determinerend zijn. Aldus zou orgaanwegneming met de dood tot gevolg volgens deze auteur gerechtvaardigd kunnen zijn indien de donor zijn toestemming heeft gegeven én indien hij hierdoor geen nadeel zal lijden, met name omdat hij een irreversibele aandoening zonder hoop op zinvol herstel heeft en hij door de wegneming geen pijn zal ondervinden.³¹⁹¹

In de huidige stand van het Belgische recht zijn deze gewaagde evenredigheidstheorieën echter allerm minst evident. Vaak impliceren ze een potentiële donor die ernstig wilsonbekwaam is. Orgaanwegneming bij wilsonbekwamen is (voorlopig) absoluut verboden krachtens artikelen 5 en 8 Orgaantransplantatiewet. Indien de potentiële donor toch wilsbekwaam zou zijn, dan blijft het wegens het grote respect voor het menselijke leven (art. 2 EVRM) zeer twijfelachtig of een rechter de dodelijke orgaanwegneming bij de nog levende terminale donor zal durven kwalificeren als evenredig of ‘aanvaardbaar’ in de zin van artikel 3, § 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet. Naar mijn mening is dergelijke invulling van artikel 3, § 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet theoretisch niet geheel onbespreekbaar. Wel moet men zich hoeden voor het risico op een *slippery slope* bij het maken van de evenredigheidsafweging. Het zou de deur kunnen openen naar orgaanwegneming bij ook andere potentiële donoren die niet voldoende ernstig ziek zijn.³¹⁹² Kan er in de praktijk wel een duidelijke grens getrokken worden?

678. Naast het levensbelang van de donor kan verder ook het algemeen belang als argument tegen dodelijke orgaanwegneming worden opgeworpen. Dergelijke praktijken zou immers het publieke vertrouwen in de transplantatiesector kunnen doen afbrokkelen en de orgaandonatiebereidheid doen dalen.³¹⁹³ Dit zou uiteraard een belangrijk nadeel voor de groep kandidaat-ontvangers zijn en onrechtstreeks het therapeutisch oogmerk van de orgaanwegneming ondermijnen.

Enige nuance is echter op zijn plaats. Het gevaar op dergelijke nefaste impact mag niet overschat worden, met name wanneer het zou gaan om orgaanwegneming bij terminale donoren (cf. vorig randnummer). De samenleving hecht immers ook veel waarde aan individuele vrijheid, zodat het publiek vertrouwen minder snel zal dalen mits de terminale donor wilsbekwaam was en vrij toestemde.³¹⁹⁴

679. Een bijkomend, beleidsmatig argument betreft de impact op het orgaantekort. Wellicht zullen maar een handvol levende personen tot een dodelijke orgaanwegneming bereid zijn. Een afwijking van de *dead donor rule* zou dus slechts tot een beperkte toename van het orgaanaanbod leiden.³¹⁹⁵ Bijgevolg zou er een voldoende sterk voordeel ontbreken om tegen

³¹⁹¹ W. GLANNON, o.c., *Camb. Q. Healthc. Ethics* 2013, (192) 193, 194, 195-196, 197-199 en 201.

³¹⁹² In die zin: M. POTTS en D.W. EVANS, “Does it matter that organ donors are not dead? Ethical and policy implications”, *J. Med. Ethics* 2005, (406) 407-408; PRESIDENT’S COUNCIL ON BIOETHICS, *Controversies in the Determination of Death*, 2008, <https://bioethicsarchive.georgetown.edu>, 72; J.-M. PIRET, o.c. in A. DEN EXTER en M. BUIJSEN (eds.), *Rationing Health Care*, 2012, (87) 104 en 108.

³¹⁹³ Zie o.a.: J.A. ROBERTSON, o.c., *Hastings Center Report* 1999, (6) 6 en 12-13; E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 22; A. SPITAL, o.c., *AJKD* 2001, vol. 38, nr. 1, 189-195; GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 221 en 290; F.G. MILLER en R.D. TRUOG, o.c., *Hastings Center Report* 2008, (38) 45; R. STEINER en A. MATAS, o.c., *Am. J. Transpl.* 2008, vol. 8, 1966; D. WILKINSON en J. SAVULESCU, o.c., *Bioethics* 2012, (32) 44; J.L. BERNAT, “Life or Death for the Dead-Donor Rule?”, *NEJM* 2013, (1289) 1290 en 1291. Vergelijk ook de onwaarschijnlijke redenering in M.F. ANDERSON, o.c., *Health Matrix* 1995, vol. 5, (249) 292-293, waar wordt gesteld dat het toelaten van orgaanwegneming met de dood tot gevolg zou overkomen als een signaal dat ieder individu in de maatschappij bepaalde plichten heeft, en dat zij die van zichzelf vinden dat ze niets te bieden hierdoor sneller geneigd zouden zijn tot zelfdoding.

³¹⁹⁴ In die zin: R.D. TRUOG, F.G. MILLER en S.D. HALPERN, o.c., *NEJM* 2013, (1287) 1288-1289.

³¹⁹⁵ W. GLANNON, o.c., *Camb. Q. Healthc. Ethics* 2013, (192) 201.

het nadeel voor de donor op te wegen.³¹⁹⁶ Nochtans moet ook dit argument genuanceerd worden. Zelfs een kleine impact op het orgaanaanbod kan een sterk tegengewicht bieden, gelet op de grote morele waarde van het redden van een leven.³¹⁹⁷ Maar dan nog zal dit mogelijk niet volstaan om voldoende politieke steun op te wekken teneinde de wet in die zin aan te passen.

680. Op basis van de voorgaande overwegingen luidt de conclusie dat artikel 3, § 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet een té twijfelachtige juridische basis biedt om te kunnen fungeren als een impliciete wettelijke toelating ten aanzien van de geldende dodingsmisdrijven (art. 392 e.v. Sw.). Voorlopig moet orgaanwegname met de dood tot gevolg bij gebrek aan een duidelijke wettelijke (en ethische) basis dus worden afgeraden. Het enige resterende lichtpunt voor dodelijke orgaanwegname is de Euthanasiewet, wat verderop nog aan bod zal komen.

3) *Toepassing inzake andere ernstige gevolgen dan de dood*

681. Het voorgaande betreft enkel orgaanwegname met de dood tot gevolg. Naast het overlijden van de donor worden meestal ook andere (minder) ernstige gevolgen onaanvaardbaar geacht, zoals bv. ernstige invaliditeit³¹⁹⁸, permanente invaliditeit³¹⁹⁹, ernstig letsel³²⁰⁰, belangrijke vermindering van de persoon³²⁰¹, opoffering van de gezondheid³²⁰², hinder van betekenis,³²⁰³ ernstige risico's voor gezonde overleving³²⁰⁴, substantiële vermindering van levenskwaliteit,³²⁰⁵ voorzienbare substantiële risico's voor de gezondheid³²⁰⁶, streng dieet voor de rest van het leven van de donor³²⁰⁷ en overleving via een machine (zoals dialyse na afstaan van nieren)³²⁰⁸. Vele van deze gevolgen zijn evenwel te vage criteria om een duidelijke houvast te bieden.³²⁰⁹ De opgesomde gevolgen mogen m.i. niet met dezelfde evidentie als de dood van de donor worden beschouwd als hinderpalen voor orgaanwegname bij leven. Het levensbelang van de ontvanger kan naargelang de concrete feiten sterker zijn dan het gezondheidsbelang van de donor, die *in casu* geen lichamelijke, maar mogelijk nog wel psychosociale voordelen kan ervaren. Het zelfbepalingsrecht van de donor zou hier in principe wel meer speelruimte hebben. Weliswaar moet ook hier weer de impact op het algemeen belang in acht genomen worden. Meer bepaald zal rekening moeten worden gehouden met de last van de samenleving ingevolge het moeten dragen van de medische kosten en verminderde productiviteit van de donor.³²¹⁰ Dit moet worden afgewogen tegen het risico op een *slippery slope* en op een negatieve impact op het publiek vertrouwen.

³¹⁹⁶ In die zin: J.A. ROBERTSON, o.c., *Hastings Center Report* 1999, (6) 6 en 12-13.

³¹⁹⁷ In die zin: D. WILKINSON en J. SAVULESCU, o.c., *Bioethics* 2012, (32) 47.

³¹⁹⁸ Memorie van toelichting bij art. 11, lid 2 Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 69; M.F. ANDERSON, o.c., *Health Matrix* 1995, vol. 5, (249) 293.

³¹⁹⁹ K. McK. NORRIE, o.c., *Int. & Comp. L.Q.* 1985, (442) 447.

³²⁰⁰ J. HERRING, *Medical law and ethics*, 2006, 364.

³²⁰¹ A. CHARAF ELDINE, o.c., *Rev. Dr. Sanit.* 1978, (445) 456 en 458.

³²⁰² R. DIERKENS, *Lichaam en lijk*, 1962, 53.

³²⁰³ H.J.J. LEENEN, o.c., *NJB* 1978, (871) 872.

³²⁰⁴ S. PERRICK, o.c., *TvGR* 1979, (141) 143-144.

³²⁰⁵ G.J. BANKS, o.c., *Am. J.L. & Med.* 1995, (45) 96.

³²⁰⁶ Aanbeveling viii in Resolution CM/Res(2013)56 on the development and optimisation of live kidney donation programmes, <http://www.coe.int>.

³²⁰⁷ B. SLUYTERS, o.c. in J.M. GREEP (ed.), *Orgaantransplantatie*, 1970, (361) 387-388.

³²⁰⁸ A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, 1999, 51, die meent dat er een expliciet verbod op excessieve schade voor de donor moet zijn; M. ABECASSIS et al., o.c., *JAMA* 2000, vol. 284, (2919) 2924.

³²⁰⁹ In dezelfde zin: D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 247-248.

³²¹⁰ M.F. ANDERSON, o.c., *Health Matrix* 1995, vol. 5, (249) 293, die hierbij het geval van de levende longdonor als voorbeeld geeft.

d. Het argument van de Euthanasiewet

682. De dodelijke orgaanwegneming betreft zo mogelijk een vorm van opzettelijk levensbeëindigend handelen (*in casu* orgaanwegneming) door een andere (*in casu* de wegnemende arts) dan de betrokkene (*in casu* de donor), op het verzoek van deze laatste.³²¹¹ Het betreft dan met andere woorden een vorm van levensbeëindigend handelen waarop de wet van 28 mei 2002 betreffende de euthanasie³²¹² (verkort: Euthanasiewet) van toepassing is.³²¹³ Nergens uit de Euthanasiewet valt af te leiden dat de euthanasie niet in de vorm van orgaanwegneming (onder narcose) mag geschieden.³²¹⁴ Artikel 7, laatste lid, 12° Euthanasiewet lijkt een zekere vrijheid qua wijze en middelen te bevestigen.³²¹⁵ De Euthanasiewet vereist slechts uitdrukkelijk dat er een actieve handeling plaatsvindt (ofschoon dit doorgaans bij wijze van een dodelijke injectie van een euthanaticum geschiedt).³²¹⁶ De uitvoering zal hoe dan ook getoetst kunnen worden aan de algemene zorgvuldigheidsnorm.³²¹⁷

683. Dat dodelijke orgaanwegneming onder het toepassingsgebied van de Euthanasiewet valt, kan van belang zijn om de onaanvaardbaarheid ervan alsnog enigszins te nuanceren. Zoals gezegd, is de dodelijke orgaanwegneming in principe strafbaar als moord (art 394 Sw.). De Euthanasiewet voorziet evenwel onder zeer strikte voorwaarden in een expliciete uitzondering op de strafbaarheid van dergelijke opzettelijke doding.

Uit artikel 3, § 1 Euthanasiewet volgt dat de arts in beginsel geen misdrijf pleegt indien de patiënt (*in casu* de potentiële donor) meerderjarig, handelingsbekwaam en bewust is, hij zonder dwang, vrijwillig, overwogen en herhaaldelijk om de euthanasie heeft verzocht én hij zich bevindt in een medisch uitzichtloze toestand van aanhoudend en ondraaglijk fysiek of psychisch lijden dat niet gelenigd kan worden en dat het gevolg is van een ernstige en ongeneeslijke aandoening. Het lijkt niet uitgesloten dat een potentiële orgaandonor voldoet aan deze voorwaarden en ondanks zijn aandoening een fysiologisch geschikte kandidaat-orgaandonor is. Gelet op zijn kwaliteitsloze gezondheidstoestand kan de potentiële donor beslissen om zijn leven niet meer als levenswaardig te beschouwen en het te laten beëindigen. Het levensbelang van de donor weegt in dit specifieke geval niet langer op tegen het levens- of gezondheidsbelang van de ontvanger, zodat de orgaanwegneming conform het evenredigheidsprincipe gepaard kan gaan met het overlijden van de donor.³²¹⁸

Daarnaast gelden weliswaar ook nog een aantal procedurele voorwaarden.³²¹⁹ Één van deze voorwaarden luidt dat er minstens één maand moet verlopen tussen het (schriftelijke) verzoek van de patiënt (*in casu* de potentiële donor) en het toepassen van de euthanasie (*in casu*

³²¹¹ Het gaat dus geenszins om ‘zelfverminking’ of ‘hulp bij zelfmoord’. Zie: Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220/9, 26 en H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 2005, 518, nr. 1210.

³²¹² BS 22 juni 2002.

³²¹³ Art. 2 Euthanasiewet.

³²¹⁴ Vgl. de bespreking van het voorstel om in de VSA ter dood veroordeelden te executeren door middel van orgaanwegneming onder anesthesie: J.A. ROBERTSON, o.c., *Hastings Center Report* 1999, (6) 9.

³²¹⁵ Deze bepaling verplicht de arts om aan de Federale Controle- en Evaluatiecommissie schriftelijk te informeren over “de wijze waarop de euthanasie is toegepast en de gebruikte middelen”.

³²¹⁶ E. DELBEKE, *Juridische aspecten van zorgverlening aan het levenseinde*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 15, nr. 21 en 237-238, nr. 437.

³²¹⁷ E. DELBEKE, *Juridische aspecten van zorgverlening aan het levenseinde*, 2012, 228, nr. 416 en 237, nr. 436.

³²¹⁸ Vgl. ook: A. DEMOOR, o.c., *Jura Falc.* 1976-77, (69) 74, die vroeger er al voor pleitte om ongeneeslijk zieken hun leven te laten opofferen om een ander te redden.

³²¹⁹ Zie: art. 3, §§ 2-5 en art. 5-8 Euthanasiewet. Ze worden hier niet allemaal genoemd, omdat ze niet allemaal een invloed lijken te hebben inzake de voorliggende problematiek. Zie uitgebreid over voorwaarden voor euthanasie (na een actueel verzoek): E. DELBEKE, *Juridische aspecten van zorgverlening aan het levenseinde*, 2012, 113-176.

de orgaanwegneming).³²²⁰ Tegelijkertijd moet de ontvanger van het orgaan van een levende donor overeenkomstig artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet in levensgevaar verkeren. Mogelijk zullen deze voorwaarden niet tegelijk vervuld zijn. Een ontvanger die in levensgevaar verkeert, zal niet altijd een maand kunnen wachten. Men zou nog wel euthanasie kunnen toepassen, maar niet bij wijze van orgaanwegneming. De orgaanwegneming zou dan pas na overlijden kunnen plaatsvinden volgens het regime van artikel 10 e.v. Orgaantransplantatiewet. Dit zou een gemiste kans kunnen zijn, nu sommige organen van levende donoren tot betere resultaten leiden dan organen van overledenen.³²²¹

5. Voorstel tot aanvulling van het ernstcriterium

684. Het ernstcriterium van artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet richt zich op de belangen van de donor. De nadere analyse van dit criterium wees echter uit dat het de belangen van de donor niet altijd even duidelijk behartigt.

De eerste onduidelijkheid betreft de aard van de gevolgen waarmee rekening moet worden gehouden. Eerder werd verdedigd dat dit niet enkel de lichamelijke, maar ook de psychosociale gevolgen betreft. Omwille van de rechtszekerheid kan worden aanbevolen om dit in de wet te expliciteren.

De tweede onduidelijkheid houdt verband met de vraag welke gevolgen als ‘ernstig’ te beschouwen zijn. Het is onmogelijk om alle ernstige gevolgen in detail op te sommen. Nochtans is het wel mogelijk om een aantal algemene parameters te geven, zoals al gebeurde in de Wet Medische Ongevallen en de Orgaantransplantatiewet zelf. Uit de bovenstaande bespreking blijkt dat de desbetreffende bepalingen in deze wetten echter niet voldoende zijn aangepast om de geoorloofdheid van orgaanwegneming bij leven te beoordelen. Aldus verdient het de aanbeveling om niet-exhaustief enkele algemene parameters (bv. blijvende arbeidsongeschiktheid) voor het ernstcriterium uit artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet voorop te stellen.

De laatste onduidelijkheid betreft de maximumgrens van ernst. Hierbij wordt door de rechtsleer stevast verdedigd dat een orgaanwegneming die met zekerheid leidt tot overlijden van de donor, onaanvaardbaar is. Een wettelijke verduidelijking in die zin zou dan nuttig zijn. Nochtans vereist deze kwestie eerst een grondige ethische reflectie, nu er ook argumenten voor een strikte uitzondering op het verbod op dodelijke orgaanwegneming bestaan, zowel in het raam van de Euthanasiewet als daarbuiten.

Ten slotte werd vastgesteld dat het ernstcriterium volgens zijn huidige formulering niet toelaat om rekening te houden met de risicofrequentie. Hiermee is nog niet gezegd dat dit ook wenselijk is. In het raam van de informatieplicht van de arts wordt aanvaard dat enkel de ‘relevante risico’s’ moeten worden gemeld. De arts mag daarbij een afweging maken tussen de ernst van het risico voor de patiënt en de frequentie van deze risico’s.³²²² Dit wordt geacht het zelfbepalingsrecht niet te schenden, nu een normaal, zorgvuldig persoon zich niet altijd laat afschrikken door zeldzame risico’s. Daarentegen laat artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet de arts (en *a posteriori* de rechter) *niet* toe om een afweging te maken tussen de ernst en de risicofrequentie om de geoorloofdheid van de wegneming te beoordelen. Dit kan leiden tot

³²²⁰ Art. 3, § 3, 2° Euthanasiewet.

³²²¹ Zie *infra* § 3, B.1. van deze Afdeling.

³²²² Zie *supra* Hoofdstuk III, Afd. 5, § 5, A van dit Deel.

beoordelingen die afwijken van wat normaal en zorgvuldig is.³²²³ Een lagere risicofrequentie betekent minder kans op nadeel voor de donor. Overeenkomstig het algemene evenredigheidsprincipe³²²⁴ rechtvaardigt dit dat minder grote of minder zekere baten worden vereist. Artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet vereist echter voor alle risicofrequenties dezelfde bijkomende voorwaarden. Hierdoor bestaat de kans dat de wet zich wapent tegen gevaren die mogelijk te ver van de realiteit liggen. Om te kunnen stellen dat het ernstcriterium inderdaad overdreven strikt is, moet evenwel eerst onderzocht worden of de verzwaarde voorwaarden van artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet al dan niet onverschillig van de risicofrequentie gerechtvaardigd kunnen zijn. Er moet voorlopig dan ook worden verwezen naar de bespreking van deze verzwaarde voorwaarden *infra*.³²²⁵

B. Het regeneratiecriterium

685. Indien de orgaanwegname bij de levende persoon “*betrekking heeft op organen die niet regenereren*”, dan is ze overeenkomstig artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet enkel geoorloofd indien de ontvanger in levensgevaar verkeert en de transplantatie van een orgaan van een overledene geen even bevredigend resultaat oplevert. Hierna wordt achtereenvolgens ingegaan op het begrip en de ratio legis van het regeneratiecriterium (*infra* 1), alsook de concrete toepassing ervan (*infra* 2). De bespreking zal uitmonden in een voorstel tot afschaffing van dit regeneratiecriterium (*infra* 3).

1. Begrip en ratio legis

686. Regeneratie is volgens haar medisch-biologische betekenis het opnieuw aangroeien of voortbrengen van beschadigde of verloren gegane lichaamsdelen.³²²⁶ Organen die niet opnieuw aangroeien na wegneming vereisen overeenkomstig artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet een strengere aanpak. Vanzelfsprekend wordt hier de bescherming van de donor beoogd. De Belgische wetgever heeft evenwel niet nader toegelicht waarom juist de regeneratie van het orgaan als criterium geldt.

Wat België betreft, lijken de wortels van het regeneratiecriterium gezocht te moeten worden in het proefschrift van R. Dierkens. Om een antwoord te bieden op de vraag binnen welke perken de wegneming van weefsels en andere lichaamsdelen bij een levende persoon aanvaardbaar is, maakte deze auteur een *summa divisio* tussen wegneming die geen bestendig verlies tot gevolg heeft en wegneming die wel een bestendig verlies tot gevolg heeft.³²²⁷ Onder de eerste categorie plaatste Dierkens met name de bloeddonatie, die hij als een maatschappelijk aanvaard en aan te moedigen goed beschouwde. Onder de tweede categorie plaatste Dierkens de orgaanwegname, die hij destijds resoluut afkeurde. Het onderscheidscriterium van Dierkens vond in Nederland navolging in het proefschrift van J.E.M. Akveld³²²⁸ en vervolgens

³²²³ Vgl. ook de kritiek die stelt het ongenueanceerd is om bij de informatieplicht van de arts enkel met de ernst van de risico's rekening te houden: T. VANSWEEVELT en S. TACK, *o.c.* in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (331) 363.

³²²⁴ Dit principe zit in de algemene zorgvuldigheidsnorm verrat. Zie *supra* Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, D van dit Deel.

³²²⁵ Zie meer bepaald *infra* § 3, A.4. van deze Afdeling.

³²²⁶ A.A.F. JOCHEMS en F.W.M.G. JOOSTEN, *Coëlho Zakwoordenboek der Geneeskunde*, Doetinchem, Elsevier, 2009, 769; Van Dale online woordenboek, tw. Regeneratie. Zie ook: C. MASON en P. DUNNILL, “A brief definition of regenerative medicine”, *Regen. Med.* 2008, vol. 3, (1) 3: “the process in humans whereby lost specialized tissue is replaced by proliferation of undamaged specialized cells.”

³²²⁷ R. DIERKENS, *Lichaam en lijk*, 1962, 54-55, nrs. 79-81.

³²²⁸ J.E.M. AKVELD, *Transplantatie en wetgeving*, 1987, 84.

ook bij de Nederlandse wetgever. Overeenkomstig artikel 3, lid 3 Wet Orgaandonatie moet er aan bijkomende voorwaarden voldaan zijn indien het redelijkerwijs aannemelijk is dat de wegneming van een orgaan ‘blijvende gevolgen’ zal hebben voor de gezondheid van de donor.

Hoewel Dierkens dit niet met zoveel woorden stelde, stemt het criterium van bestendig verlies *de facto* overeen met het non-regeneratiecriterium.³²²⁹ Zo stelde ook de Nederlandse wetgever dat er sprake is van blijvende gevolgen indien het orgaan niet regeneert.³²³⁰ Welnu, Dierkens verantwoordde de strengere houding tegenover wegneming met bestendig verlies tot gevolg op basis van het onaanvaardbare risico en de schade die hiermee ten aanzien van de donor gepaard zouden gaan.³²³¹ Bijgevolg moet de verantwoording voor de strengere houding ten aanzien van wegneming van niet-regenererende organen logischerwijze ook gezocht worden in de grote impact die deze wegneming zou hebben op de gezondheid van de donor.³²³² Dit brengt mij tot het besluit dat wegneming van organen die niet regenereren destijds werd beschouwd als een specifiek geval van wegneming die ernstige gevolgen heeft voor de donor.³²³³ Het regeneratiecriterium moet m.a.w. niet worden opgevat als een geheel afzonderlijk criterium, maar wel als een nadere precisering van het ernstcriterium uit artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet, teneinde een sterkere bescherming voor de orgaandonor te bieden.

2. Toepassingsgevallen

a. Nieren

687. Orgaanwegneming bij een levend persoon heeft meestal één van de twee nieren tot voorwerp. Het leidt geen twijfel dat een nier niet kan regenereren.³²³⁴ Omwille van haar niet-regenererend karakter zal nierwegneming bij een levende donor dus steeds aan de bijkomende, strengere voorwaarden van artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet onderworpen worden.

Weliswaar gaat het om een dubbel orgaan. Men kan een gezond leven leiden met de resterende nier zonder functieverlies.³²³⁵ Bovendien zijn operatieve risico's eveneens beperkt.³²³⁶ Normalerweise heeft nierwegneming dan ook geen ernstige gevolgen. Het regeneratiecriterium verhindert echter dat hiermee rekening wordt gehouden.

³²²⁹ Zie ook: M.T. MEULDERS-KLEIN en B. MAINGAIN, *o.c.* in JOURNEES D'ETUDES JURIDIQUES JEAN DABIN (ed.), *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs*, 1982, (215) 241-242, nr. 32. Weliswaar is er bij wijze van spreken slechts 99% overlapping. Indien iemand een orgaan afstaat in het raam van een dominotransplantatie, dan zal die desgevallend een niet-regenererend orgaan kunnen afstaan, maar gezien de vervanging van dit orgaan toch geen bestendig verlies lijden.

³²³⁰ Memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, 22.358, nr. 3, 11 en 38. Zie ook: I. JANSEN, *o.c.*, *Ars Aequi* 1996, (625) 628; GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 117.

³²³¹ R. DIERKENS, *Lichaam en lijk*, 1962, 55, nrs. 80 en 81.

³²³² J. HERRING, *Medical law and ethics*, 2006, 372. Vgl. ook: M. HARICHAUX, “Le corps objet” in R. DRAÏ en M. HARICHAUX (eds.), *Bioéthique et droit*, Parijs, Presses Universitaires de France, 1988, (130) 132-133; N. NEFUSSY-LEROY, *Organes humains*, 1999, 141; B. SINDIC, *o.c.*, *Ann. Dr. Louvain* 2002, (225) 248.

³²³³ Vgl. ook: Antwerpen 28 juni 2001, *T. Gez.* 2003-04, 181, waar door het hof van beroep te Antwerpen een chirurgische complicatie (*in casu* een verlamming aan de rechterarm en -hand) als ernstig werd bestempeld omwille van (onder meer) de blijvende aard ervan.

³²³⁴ Zie ook: I. JANSEN, *o.c.*, *Ars Aequi* 1996, (625) 628; GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 117.

³²³⁵ E. RIGAUX, *o.c.*, *JT* 1969, (453) 456; J.E.M. AKVELD, *Transplantatie en wetgeving*, 1987, 83, die stelt dat nierwegneming in feite dus geen blijvende gevolgen heeft; M. EVANS, “Organ donations should not be restricted to relatives”, *J. Med. Ethics* 1989, vol. 15, (17) 19-20; H.J.J. LEENEN, J.C.J. DUTE en W.R. KASTELEIN, *Handboek gezondheidsrecht. Deel II. Gezondheidszorg en recht*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum, 2008 (5^{de} ed.), 287.

³²³⁶ Zie reeds *supra* Afd. 1, § 2, A.1.a. van dit Hoofdstuk.

b. Lever

688. Orgaanwegneming bij levende donoren heeft ook soms een *leversegment* tot voorwerp. In tegenstelling tot nieren kunnen delen van de lever van nature regenereren.³²³⁷ De Oud-Griekse mythe van Prometheus en de adelaar blijkt dus toch enige waarheid te bevatten.

Bij dominolevertransplantatie zal weliswaar de gehele lever bij de dominodonor weggenomen worden. Bij deze donor zal de lever dan niet meer regenereren. Bij de ontvanger zou de lever nog wel regenereren, indien hiervan een stuk zou worden weggenomen. Gaat het hier om een orgaan dat regeneert in de zin van artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet? Uit de bedoeling van de wet om de donor te beschermen moet het regeneratiecriterium logischerwijze worden beoordeeld vanuit het perspectief van de levende donor. Een orgaan dat wel bij de ontvanger, maar niet bij de donor zou regenereren, kan dus niet als een regenererend orgaan in de zin van artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet worden gezien. De leverwegneming in het raam van een dominoprocedure vereist dan ook de vervulling van de bijkomende voorwaarden uit voornoemd artikel, hoewel dergelijke wegneming (grotendeels) zal stroken met het lichamenlijk-therapeutisch belang van de donor.

Bovendien zal bij leversegmenttransplantatie het resterende leversegment bij de donor niet steeds tot zijn volledige oorspronkelijke volume regenereren, maar toch nog voldoende zijn metabolische functie kunnen uitoefenen.³²³⁸ Dit gebrek aan volledig volumeherstel belet m.i. niet dat er juridisch van een regenererend orgaan sprake is. Aangezien de leverfunctie zich wel voldoende herstelt, lijkt de bescherming van de leverdonor dan immers niet te vereisen dat de bijkomende voorwaarden van artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet worden opgelegd.³²³⁹

Niettemin belet het regenererend karakter van leversegmenten niet dat de bijkomende voorwaarden van artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet alsnog van toepassing zijn. Zoals al besproken, volstaat het immers dat de wegneming een kans op ernstige gevolgen heeft. Dit zal bij iedere type orgaanwegneming het geval zijn. Bijgevolg zullen ondanks het regenererend karakter van de lever alsnog de bijkomende voorwaarden van artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet gelden.

c. Overige organen

689. Buiten de lever lijken er in de transplantatieliteratuur geen andere organen als regenererend te worden beschouwd. Weliswaar zou strikt genomen kunnen worden gezegd dat ieder orgaan constant bezig is met de vernieuwing van haar cellen en dus aan het regenereren is,³²⁴⁰ of dat ieder orgaan beschikt over weefsels die tot op zekere hoogte kunnen regenereren bij beschadiging.³²⁴¹ Dit betreft echter niet de mate van regeneratie die door artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet wordt bedoeld. De regeneratie moet immers voldoende sterk zijn opdat de donor door het volumeverlies na de orgaanwegneming normalerwijze geen ernstige gevolgen zal ondervinden en bijgevolg het stellen van de bijkomende voorwaarden van artikel

³²³⁷ J. DE JONGE en K.M. OLTHOFF, "Liver Regeneration" in R.W.G. GRUESSNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, 2008, (459) 459; Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 7 en 20.

³²³⁸ J. HAGA *et al.*, "Liver Regeneration in Donors and Adult Recipients After Living Donor Liver Transplantation", *Liver Transplantation* 2008, vol. 14, (1718) 1718 en 1722-1723; T. MARTENS en K. VANDEWOUDE, *o.c.*, *T. Gen.* 2009, afl. 65, nr. 8, (350) 351 (tot 89% van het oorspronkelijk volume bij de donor). Zie ook: L. LOPP, Regulations regarding living organ donation in Europe, 2013, 12-13.

³²³⁹ Vgl. A. CHARAF ELDINE, *o.c.*, *Rev. Dr. Sanit.* 1978, (445) 458.

³²⁴⁰ J. HERRING, *Medical law and ethics*, 2006, 372.

³²⁴¹ Zie: F.H. MARTINI en E.F. BARTHOLOMEW, *Anatomie en fysiologie. Een inleiding*, Amsterdam, Pearson, 2011 (4^{de} ed.), 127.

6, § 1 Orgaantransplantatiewet niet nodig is. Een en ander sluit niet uit dat andere organen dan de lever met behulp van nieuwe medische technieken in de toekomst een regenererend karakter in de zin van de Orgaantransplantatiewet krijgen.³²⁴² Voor deze wet maakt het alvast niet uit of de regeneratie natuurlijk, dan wel kunstmatig is. Voor de bescherming van de donor volstaat het dat er *in concreto* regeneratie is.

3. Voorstel tot afschaffing van het regeneratiecriterium

690. Op basis van een rechtshistorische benadering kon worden besloten dat het regeneratiecriterium mag worden opgevat als een nadere precisering van het ernstcriterium uit artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet. De veronderstelling hierbij is dat de wegneming van niet-regenererende organen altijd beschouwd kan worden als een wegneming met ernstige gevolgen voor de donor, zodat door middel van strengere voorwaarden een sterkere bescherming aan de donor wordt geboden.

Wanneer het regeneratiecriterium effectief wordt toegepast op de nieren en de lever, blijkt echter dat dit criterium op zichzelf toch niet geheel pertinent is als indicatie voor grotere donorbescherming. Ten aanzien van nierwegneming leidt het regeneratiecriterium tot het stellen van bijkomende voorwaarden. Nochtans zal het verlies van slechts één van de twee nieren niet noodzakelijk tot ernstige gevolgen voor de donor leiden, zodat dit op zich geen reden is tot een strengere houding.³²⁴³ Ook de overige risico's van nierwegneming zijn beperkt, wat veeleer pleit voor een soepelere houding. Een gelijkaardig besluit gaat op voor dominolevertransplantatie. De weggenomen lever zal niet regenereren bij de donor en daarom aanleiding geven tot strengere regels, hoewel het therapeutisch belang van de donor in principe geen bijkomende bescherming vereist. Ten aanzien van leversegmentwegneming zou het regeneratiecriterium daarentegen niet tot bijkomende voorwaarden leiden, hoewel de risico's van dergelijke wegneming statistisch veel hoger liggen dan bij nierwegneming.³²⁴⁴

Het regeneratiecriterium is op zichzelf dus te 'onbetrouwbaar' en niet (langer) geschikt om als autonoom wettelijk criterium tot een correcte evenredigheidsafweging te leiden.³²⁴⁵ Het regeneratiecriterium moet m.i. dan ook geschrapt worden uit artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet.³²⁴⁶ Om een adequate evenredigheidsafweging te maken, zal het volstaan om het meer flexibele ernstcriterium te hanteren. Onder meer het regenererend karakter, maar vooral ook het behoud, dan wel het verlies van de orgaanfunctie bij de donor³²⁴⁷ kunnen dan feitelijke parameters zijn om de ernst van de gevolgen te beoordelen.

§ 3. VERZWAARDE VOORWAARDEN

691. Uit de bespreking van het ernstcriterium en het regeneratiecriterium is gebleken dat orgaanwegneming in de huidige stand van de wetgeving en van de medische wetenschap (zo

³²⁴² Zo tracht men reeds via stamcellen beschadigde harten te regenereren: A.A. KOCHER *et al.*, "Stem cells and cardiac regeneration", *Transpl. International* 2007, vol. 20, 731-746.

³²⁴³ In die zin: K. McK. NORRIE, *o.c.*, *Int. & Comp. L.Q.* 1985, (442) 446-447; Appendix II, 3rd Conference of European Health Ministers, Organ Transplantation, Paris 16-17 November 1987, *VI. T. Gez.* 1987-88, (284) 286; P.-E. TROUSSE, *o.c.* in *Rapports belges du VIIIe Congrès international de droit comparé*, 1970, (705) 722.

³²⁴⁴ Cf. *supra* Afd. 1, § 2, A.1.a. van dit Hoofdstuk.

³²⁴⁵ Vgl. D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 256.

³²⁴⁶ Zie ook: L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 13.

³²⁴⁷ In dezelfde zin: A. HEYVAERT, *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed*, Gent, Mys & Breesch, 2002, 82, nr. 195, die belang hecht aan het 'unieke karakter' van wat wordt afgestaan. Zie ook *supra* over dodelijke orgaanwegneming e.d., waar de orgaanfunctie zal verdwijnen of ernstig beperkt zal worden.

goed als) altijd de cumulatieve vervulling van de twee bijkomende voorwaarden uit artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet vereist. Er moet eigenlijk dus van ‘basisvoorwaarden’ in plaats van ‘verzwaarde’ voorwaarden gesproken worden. De eerste verzwaarde voorwaarde is gebaseerd op een levensgevaarcriterium (*infra* A), de tweede verzwaarde voorwaarde op een subsidiariteitscriterium (*infra* B). Beide criteria worden hierna uitgediept.

A. Het levensgevaarcriterium

692. Overeenkomstig artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet mag orgaanwegname alleen worden verricht als de ontvanger “*in levensgevaar verkeert*”. Artikel 3, lid 3 van de Nederlandse Wet Orgaandonatie stelt exact dezelfde voorwaarde. Hierna zal aandacht worden besteed aan het vereiste van een bepaalde ontvanger (*infra* 1), het vereiste van wegneming van een orgaan met levensnoodzakelijke functie (*infra* 2) en de verhouding tussen levensgevaar en urgentie (*infra* 3). Op basis van deze bespreking zal vervolgens een voorstel tot wijziging van het levensgevaarcriterium worden geformuleerd (*infra* 4).

1. Een bepaalde ontvanger

693. Het vereiste dat de ontvanger in levensgevaar moet verkeren, impliceert allereerst dat vóór de wegneming bekend moet zijn bij welke specifieke ontvanger het orgaan van de levende donor zal worden ingeplant. Anders kan logischerwijze niet worden beoordeeld of de ontvanger effectief in levensgevaar verkeert en zal de evenredigheidswaarborg ontbreken. Er kan dan bezwaarlijk worden gezegd dat de ontvanger in levensgevaar verkeert, zodat de wegneming overeenkomstig artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet niet mag worden verricht. In tegenstelling tot bij orgaanwegname na overlijden moet de orgaanwegname bij leven dus geschieden ten behoeve van een *bepaalde* ontvanger.³²⁴⁸ Het levensgevaar moet *in concreto* beoordeeld worden, aangezien er *in abstracto* altijd wel ergens ter wereld een ontvanger in levensgevaar kan gevonden worden, wat het levensgevaarvereiste dan zou uithollen.³²⁴⁹

Het vereiste van een bepaalde ontvanger sluit voor alle duidelijkheid niet uit dat de ontvanger anoniem kan zijn ten aanzien van de donor of de wegnemende arts.³²⁵⁰ Het is immers niet de donor, maar het medisch team dat de levensbedreigende toestand van de ontvanger zal moeten beoordelen.³²⁵¹ Wel verbiedt het levensgevaarvereiste het aanleggen van orgaanreserves of -banken voor latere transplantatie, maar wegens de beperkte houdbaarheid van weggenomen organen is hierover tot op heden nog geen probleem gerezen.

³²⁴⁸ W. DREESSEN, o.c., *Jura Falc.* 1984-85, (500) 515 (schijnbaar); Memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, 22.358, nr. 3, 38; H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 2005, 512, nr. 1192 en 517, nr. 1209; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2010, 736. Zie ook: H. NYS, “Organ Transplantation” in J.K.M. GEVERS, E.H. HONDIUS en J.H. HUBBEN (eds.), *Health Law, human rights and the Biomedicine Convention: essays in honour of Henriette Roscam Abbing*, Nijhoff, Leiden, 2005, (219) 219, over art. 19 EVRM-Bio. Vgl. voor Frankrijk: art. L1231-1, lid 1 Code de la santé publique (“*dans l’intérêt thérapeutique direct d’un receveur*”) en M.-C. DOCK, “Prélèvement d’organes et de tissus sur des donneurs vivants à des fins de transplantation” in H. GROS ESPIELL, J. MICHAUD en G. TEBOUL (eds.), *Convention sur les droits de l’homme et la biomédecine: analyses et commentaires*, Parijs, Economica, 2010, (359) 361.

³²⁴⁹ T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 103; H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 2005, 517, nr. 1209.

³²⁵⁰ Memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, 22.358, nr. 3, 38.

³²⁵¹ Zie *infra* Afd. 3 van dit Hoofdstuk.

2. Organen met levensnoodzakelijke functie

694. Conform het levensgevaarcriterium moet er sprake zijn van een kans dat de ontvanger zijn leven zal verliezen. Zo wenste de wetgever klaarblijkelijk orgaanwegneming bij levende donoren voor te behouden voor de gevallen waarin transplantatie een kwestie van leven of dood is.³²⁵² Dit impliceert m.i. dat een orgaanwegneming bij een levende donor slechts mogelijk is indien ze betrekking heeft op een orgaan dat een levensnoodzakelijke functie uitoefent. Niet ieder orgaan (in de juridische zin van het woord) zal evenwel een levensnoodzakelijke functie uitoefenen, zodat hierin een onderscheid moet worden gemaakt.

695. Onder meer de nieren en de lever(segmenten) vertegenwoordigen levensnoodzakelijke functies. Deze organen zijn aldus niet *a priori* van de wegneming bij een levende persoon uitgesloten. Uiteraard zal deze wegneming er niet toe mogen leiden dat de donor zelf niet meer over deze levensnoodzakelijke functie zal beschikken. Op basis van het onaanvaardbaarheids criterium uit artikel 3, § 1, lid 1 Orgaantransplantatiewet werd eerder al verduidelijkt dat orgaanwegneming met dergelijke gevolgen niet geoorloofd is, ook al verkeert de ontvanger in levensgevaar.³²⁵³

Het onaanvaardbaarheids criterium uit artikel 3, § 1, lid 1 Orgaantransplantatiewet brengt bovendien mee dat het orgaan van de levende donor ook daadwerkelijk het leven van de ontvanger moet kunnen redden. Een zinloze orgaantransplantatie kan een orgaanwegneming bij een levend persoon niet rechtvaardigen, ondanks het levensgevaar van de ontvanger.³²⁵⁴ Het levensgevaarcriterium van artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet kan verkeerdelijk de indruk wekken dat het levensgevaar van de ontvanger wel volstaat.

696. Organen zoals handen, gevasculariseerde kniegewrichten of de baarmoeder (veelal de zgn. samengestelde weefsels) zullen geen levensnoodzakelijke functie uitoefenen.³²⁵⁵ Een gebrek aan dergelijke organen bij de ontvanger zal dan ook niet tot levensgevaar bij de ontvanger leiden. Dit betekent concreet dat transplantatie van dergelijke organen in de huidige stand van de wetgeving niet mag plaatsvinden met behulp van een levende donor.

Het transplanteren van organen die geen levensnoodzakelijke functie bij de ontvanger uitoefenen, bevindt zich voornamelijk nog in de experimentele fase. Doorgaans worden dergelijke organen vanuit overleden donoren getransplanteerd. Slechts bij *baarmoedertransplantatie* blijkt in het buitenland het gebruik van levende donoren al voor te komen.³²⁵⁶ Op het eerste gezicht lijkt het weliswaar niet uitgesloten dat het psychosociale voordeel van de baarmoederontvangster (m.n. het kunnen dragen en baren van een eigen kind)³²⁵⁷ en het psychosociale voordeel van de baarmoederdonor (m.n. het helpen van de ontvangster) kunnen opwegen tegen de mogelijke risico's voor de donor ingevolge de baarmoederwegneming.³²⁵⁸ Het huidige absolute, (impliciete) wettelijke verbod op baarmoederwegneming bij levende donoren is m.i. dan ook voorbarig.

³²⁵² Zie in die zin al vóór de Orgaantransplantatiewet: W. DREESSEN, o.c., *Jura Falc.* 1984-85, (500) 515, die zich beriep op art. 2 en 8 EVRM.

³²⁵³ Zie *supra* § 2, A.4. van deze Afdeling.

³²⁵⁴ Zie ook: Commentary on Principle 10, WHO Guiding Principles on Human Cell, Tissue and Organ Transplantation (2010), <http://www.who.int/>.

³²⁵⁵ Zie reeds *supra* Deel II, Hoofdstuk III, Afd. 1, § 2, C.3.

³²⁵⁶ Zie *supra* ivm het toepassingsgebied van de wet en de vraag of baarmoeders wel als organen behoren te worden beschouwd.

³²⁵⁷ K.S. ARORA en V. BLAKE, "Uterus transplantation: ethical and regulatory challenges", *J. Med. Ethics* 2013, (1) 1.

³²⁵⁸ Zie weliswaar over de psychologische risico's voor donor en ontvanger: A. LEFKOWITZ, M. EDWARDS en J. BALAYLA, "The Montreal Criteria for the Ethical Feasibility of Uterine Transplantation", *Transplant International* 2012, vol. 25, (439) 443.

3. Levensgevaar en urgentie

a. In theorie: de strikte interpretatie

697. Uit de tekst van de wet kan worden afgeleid dat de ontvanger op het moment van de wegneming effectief in levensgevaar moet verkeren. Het zou dus niet volstaan dat het levensgevaar dreigt te ontstaan indien niet snel tot orgaantransplantatie wordt overgegaan.³²⁵⁹ Het levensgevaar moet een actueel karakter vertonen. Of nog anders gezegd: de transplantatie moet een zekere urgentie vertonen.³²⁶⁰

Deze veeleer ‘strikte’ interpretatie vindt niet enkel steun in de letterlijke bewoordingen van de wet, maar ook in de geest van de wet. Het was immers de bedoeling van de wetgever om orgaanwegneming bij leven slechts uitzonderlijk toe te laten, ter bescherming van de levende donor.³²⁶¹ Artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet zou dus veeleer restrictief geïnterpreteerd moeten worden.

De strikte interpretatie kent verder ook het voordeel van de duidelijkheid, wat van groot belang is in het licht van het legaliteitsbeginsel inzake strafrechtelijk gesanctioneerde regels zoals artikel 6 § 1 Orgaantransplantatiewet (*iuncto* art. 17, § 3, lid 1 Orgaantransplantatiewet). Zoals A.-C. Squifflet al bij het levensgevaarcriterium opmerkte: “*tout le monde vit avec ce danger puisque tout le monde meurt en définitive*”.³²⁶² Op zich kan het begrip ‘levensgevaar’ inderdaad heel ruim worden ingevuld, wat echter tot de uitholling van het levensgevaarvereiste zou leiden. Door het levensgevaarcriterium strikt te interpreteren zodat er urgentie vereist is, wordt een duidelijke(re) grenslijn getrokken.

Tegen de strikte interpretatie kan weliswaar worden opgeworpen dat het urgentievereiste moeilijk te verenigen is met een kwaliteitsvol toestemmingsproces conform artikelen 5 en 8 t.e.m. 9 Orgaantransplantatiewet. Zo wordt een vrije, overwogen beslissing van de donor in urgente gevallen minder vanzelfsprekend geacht.³²⁶³ Er zou onvoldoende tijd voor een goede informatieverstrekking of een te korte overwegingstermijn voor de donor kunnen zijn. Een urgentievereiste zou ook onzinnig kunnen worden geacht omdat er dan geen tijd meer dreigt te zijn voor het uitvoeren van de voorafgaande onderzoeken bij de donor conform artikel 3ter Orgaantransplantatiewet.³²⁶⁴ Om aan deze respectabele kritiek tegemoet te komen en artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet op de andere bepalingen van deze wet af te stemmen, hoeft de strikte interpretatie niet geheel te worden afgewezen. Het volstaat m.i. om het urgentievereiste met de nodige redelijkheid te interpreteren. Zoals J.-P. Doll al suggereerde, kan orgaanwegneming dan aanvaard worden indien de ontvanger werkelijk door overlijden bedreigd wordt in de weken die volgen.³²⁶⁵ Een toereikende overwegingstermijn hoeft alleszins niet altijd meerdere weken te duren.³²⁶⁶ Bovendien zouden bepaalde onderzoeken al enige tijd

³²⁵⁹ H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 2005, 517, nr. 1209; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 103.

³²⁶⁰ In die zin ook: W. DREESSEN, *o.c.*, *Jura Falc.* 1984-85, (500) 515 (‘binnen een zeer korte tijdspanne’); G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2010, 736, voetnoot 499; H.-L. SCHREIBER, *o.c.* in W. LAND en J.B. DOSSETOR (eds.), *Organ Replacement Therapy*, 1991, (13) 15.

³²⁶¹ Zie *supra* Hoofdstuk II, Afd. 1 van dit Deel.

³²⁶² A.-C. SQUIFFLET, *o.c.*, *Ann. Dr. Louvain* 2011, (357) 381-382, nr. 50.

³²⁶³ J.E.M. AKVELD, *o.c.*, *TvGR* 1992, (62) 67; W. KOKKEDEE, *o.c.*, *TvGR* 1998, (202) 204.

³²⁶⁴ Zoals werd opgemerkt in: CAA Versailles 25 mei 2010, n°08VE02901, www.legifrance.gouv.fr (transplantatie van geïnfecteerde lever).

³²⁶⁵ J.-P. DOLL, *La discipline des greffes, des transplantations et des autres actes de disposition concernant le corps humain*, 1970, 87.

³²⁶⁶ Zie hierover *supra* Hoofdstuk III, Afd. 5, § 4 van dit Deel.

vooraf kunnen plaatsvinden, zodat de kandidaat-donor als het ware *stand-by* kan blijven totdat er van de nodige urgentie sprake is. Gedurende die tijd wordt nog naar een overleden donor gezocht.

698. Wat zijn nu de concrete gevolgen van de toepassing van het levensgevaarcriterium volgens de strikte interpretatie? Om het levensgevaarcriterium toe te passen moet het begrip ‘levensgevaar’ volgens de wetgever begrepen worden in het licht van de ontwikkeling van de medische wetenschap.³²⁶⁷ Er moet dus rekening gehouden worden met de huidige kennis over het ziekteverloop, alsook de mogelijke beschikbare technieken en behandelingen om dit ziekteverloop gunstig te doen uitdraaien.

Voor patiënten met nierfalen bestaat meestal de mogelijkheid om gedurende geruime tijd zonder transplantatie in leven te blijven via nierdialyse.³²⁶⁸ Strikt gezien zullen deze nierpatiënten dankzij de dialysebehandeling dan niet in levensgevaar verkeren.³²⁶⁹ Bijgevolg zal nierwegneming bij een levende donor in die gevallen verboden zijn.³²⁷⁰ Ook in de Belgische praktijk bestond bij sommigen aanvankelijk deze opvatting.³²⁷¹ De gedialyseerde nierpatiënt zal dan moeten wachten: op een overleden donor of op de dag dat dialyse niet meer mogelijk is en/of zijn toestand zodanig verslechterd is dat hij nu wel in levensgevaar verkeert.³²⁷²

Ook pancreastransplantatie zal wegens de alternatieve mogelijkheid van een insulinebehandeling doorgaans niet levensreddend zijn.³²⁷³ Bij gebrek aan levensgevaar zal ook dan pancreassegmentwegneming bij een levende donor ongeoorloofd zijn.

Voor de wegneming van andere organen lijkt het levensgevaarcriterium minder problematisch. De longfunctie kan bij longfalen weliswaar worden opgevangen door mechanische ventilatie of oxygenatie, maar deze ventilatie zal slechts voor een korte tijd (een paar dagen) mogelijk zijn en dus enkel als een *bridge-to-transplant* dienstdoen.³²⁷⁴ Er moet worden aangenomen dat er dan nog steeds sprake is van voldoende urgentie om juridisch gezien van levensgevaar te spreken. Ook bij levertransplantatie gaat het vaak om levensbedreigende situaties wegens gebrek aan vervangende therapie.³²⁷⁵

b. In de praktijk: de soepele interpretatie

699. Hoewel de strikte interpretatie een sterke juridische onderbouw vindt, wordt het levensgevaarcriterium in de praktijk niettemin zeer soepel geïnterpreteerd met het oog op nierdonatie. Zo aanvaardt men dat een patiënt met nierfalen zelfs mét de mogelijkheid van

³²⁶⁷ Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220/9, 26.

³²⁶⁸ T. MARTENS en K. VANDEWOUE, *o.c.*, *T. Gen.* 2009, afl. 65, nr. 8, (350) 352.

³²⁶⁹ A. DE KOEKELAERE, “Geneeskunde, bio-ethiek en recht”, *RW* 1993-94, (481) 492; J. VAN RAAK-KUIPER, *o.c.*, *FJR* 1998, (114) 117; M.A.J.M. BUIJSEN en J.E.M. AKVELD, “Bijzondere patiëntenrechten” in H.E.G.M. HERMANS en M.A.J.M. BUIJSEN (eds.), *Recht en gezondheidszorg*, Maarssen, Elsevier, 2006, (163) 188; GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 147. Zie ook: J.B. GRENOUILLEAU, *o.c.*, *D.* 1977, (213) 214.

³²⁷⁰ D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 257; A.-C. SQUIFFLET, *o.c.*, *Ann. Dr. Louvain* 2011, (357) 381, nr. 50.

³²⁷¹ A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, 1999, 60; V. BOECXSTAENS *et al.*, *o.c.*, *T. Gen.* 2010, vol. 66, (167) 168; M. HELBERT, *o.c.*, *Orpadt forum* 2012, jaargang 12, nr. 1, (10) 13, maar die deze restrictieve interpretatie nu niet meer houdbaar acht.

³²⁷² Advies nr. 11 van 20 december 1999 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 5; J.E.M. AKVELD, *Transplantatie en wetgeving*, 1987, 86-87; W. KOKKEDEE, *o.c.*, *TvGR* 1998, (202) 204.

³²⁷³ J.M. WILMINK, “Ethische aspecten” in H.B.M. VAN WEZEL, M. SLOOFF en H. VAN GOOR (eds.), *Orgaandonatie*, 1998, (22) 32; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 265.

³²⁷⁴ Commission staff working document on the mid-term review of the “Action Plan on Organ Donation and Transplantation (2009-2015): Strengthened Cooperation between Member States”, SWD(2014) 147 final, <http://eur-lex.europa.eu>, 18; M. ANILE *et al.*, “Extracorporeal Membrane Oxygenation as Bridge to Lung Transplantation”, *Transpl. Proc.* 2013, vol. 45, 2621-2623.

³²⁷⁵ Zie: T. MARTENS en K. VANDEWOUE, *o.c.*, *T. Gen.* 2009, afl. 65, nr. 8, (350) 351.

dialyse wél in levensgevaar verkeert en blijkt nierwegneming bij levende donoren dus zonder de vereiste urgentie plaats te vinden.³²⁷⁶ Dergelijke soepele interpretatie van het levensgevaarcriterium inzake nierdonatie vindt ook in Nederland een aanzienlijke aanhang.³²⁷⁷

Van overheidswege lijkt de soepele interpretatie gedoogd te worden. Hoewel publiek geweten is dat het levensgevaarvereiste in feite (te) soepel wordt geïnterpreteerd, werd voor zover bekend nog nooit een strafrechtelijke vervolging op basis van artikel 6, § 1 *iuncto* artikel 17, § 3, lid 1 Orgaantransplantatiewet ingesteld. De opsporing van dit misdrijf lijkt nochtans geen beletsel te vormen, gelet op o.a. de controlemogelijkheden van artikel 16 Orgaantransplantatiewet en de rapporteringsverplichten aan de FOD Volksgezondheid. De reden voor het gebrek aan vervolging lijkt dus veeleer in een opportuniteitsafweging vanwege het Openbaar Ministerie te liggen.

700. Weliswaar zou in bepaalde gevallen het bestaan van levensgevaar, ondanks de beschikbaarheid van dialyse, wel juridisch onderbouwd kunnen worden via een achterpoortje, zonder dat een beroep moet worden gedaan op de juridisch af te keuren soepele interpretatie. Zo zou de kandidaat-ontvanger nierdialyse kunnen weigeren overeenkomstig artikel 8, § 4 Wet Patiëntenrechten. Dialyse is juridisch gezien dan niet langer een optie. Door niet langer gebruik te maken van de dialysebehandeling zou de patiënt een toestand van levensgevaar kunnen uitlokken. Nierwegneming bij een levende donor zou vanaf dan toch een mogelijkheid kunnen zijn.³²⁷⁸

Niettemin kan getwijfeld worden aan de praktische haalbaarheid van dit achterpoortje. Opdat een patiënt met nierfalen kan overleven, zal hij frequent gedialyseerd moeten worden. Er is dus weinig tijds marge tussen het stopzetten van de dialyse en de wegneming en transplantatie van het orgaan van de levende donor. Bovendien is het maatschappelijk onwenselijk zijn dat een patiënt zichzelf bewust zieker zou gaan maken om getransplanteerd te kunnen worden.

4. Voorstel tot wijziging van het levensgevaarcriterium

a. Probleem

701. De analyse van het huidige levensgevaarcriterium heeft duidelijk gemaakt dat dit criterium aanleiding geeft tot belangrijke interpretatieperikelen. Ten behoeve van de rechtszekerheid en een goede transplantatiepraktijk dringt een verduidelijking van de wet zich op.³²⁷⁹ Maar in welke zin dient de wet te worden verduidelijkt: volgens de strikte, dan wel de

³²⁷⁶ M. DE JAEGER, “Levende donatie”, *Orpadt forum* 2005, jaargang 5, nr. 1, 2; “Transplantatie”, *magUZA*, dossier nr. 7, 2009, <http://www.maguza.be> (“Omdat een patiënt aan de nierdialyse meestal niet in onmiddellijk levensgevaar is maar wel een grotere kans op overlijden heeft dan een gezond persoon, is het schenken van een nier in principe toegestaan. Maar omwille van de strakke wetgeving wordt dit in België niet aangemoedigd”); H. NYS, *Recht en bio-ethiek*, 2010, 137; A.-C. SQUIFFLET, o.c., *Ann. Dr. Louvain* 2011, (357) 381-382, nr. 50. Zie ook: A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, 1999, 60; Advies nr. 11 van 20 december 1999 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 14, waar het voldoende werd geacht dat er substantieel voordeel voor de ontvanger bestaat. Zie de stelling dat niertransplantatie levensreddend is omdat ze in vergelijking met dialyse de levensverwachting aanzienlijk doet stijgen: *supra* Deel I, Hoofdstuk I, Afd. 2, § 3.

³²⁷⁷ I. JANSEN, o.c., *Ars Aequi* 1996, (625) 628; M.A.J.M. BUIJSEN en J.E.M. AKVELD, o.c. in H.E.G.M. HERMANS en M.A.J.M. BUIJSEN (eds.), *Recht en gezondheidszorg*, 2006, (163) 188; J.E.M. AKVELD, o.c. in H.A.M.J. TEN HAVE, D.P. ENGBERTS en L.E. KALKMAN-BOGERD (eds.), *Ethiek en recht in de gezondheidszorg*, 2007, losbl., XXIII, (203) 210f; J.C.J. DUTE, J. LEGEMAATE *et al.*, *Handboek gezondheidsrecht*, 2014 (6^{de} ed.), 265, voetnoot 208.

³²⁷⁸ Weliswaar zal tegelijkertijd ook aan de subsidiariteitsvoorwaarde voldaan moeten worden. Hierna wordt verdedigd dat het niet mogelijk is om aan deze voorwaarde te voldoen door een andere behandeling te weigeren: *infra* B.1.b. van deze paragraaf.

³²⁷⁹ Zie reeds: T. MARTENS en K. VANDEWOUE, o.c., *T. Gen.* 2009, afl. 65, nr. 8, (350) 352; V. BOECXSTAENS *et al.*, o.c., *T. Gen.* 2010, vol. 66, (167) 168; A.-C. SQUIFFLET, o.c., *Ann. Dr. Louvain* 2011, (357) 382, nr. 50.

soepele interpretatie? Om deze vraag te beantwoorden, wordt hierna de wenselijkheid van de strikte interpretatie nagetrokken door haar voor- en nadelen af te wegen.

702. De strikte interpretatie valt vooral nadelig uit voor vele nierpatiënten. Ze leidt ertoe dat het levensgevaarcriterium de aanwending van levende donoren verbiedt en de ontwikkeling van deze alternatieve orgaanbron belemmert.³²⁸⁰ Nochtans werd wetenschappelijk aangetoond dat niertransplantatie met behulp van een levende donor de levenskwaliteit van de nierontvanger en zijn overlevingskansen op lange termijn aanzienlijk verbetert in vergelijking met nierdialyse.³²⁸¹ Het levensgevaarvereiste komt dus ten nadele van de wachtende kandidaat-ontvanger, die tijdens de dialyse een significant verlaagde levenskwaliteit moet verduren.³²⁸² Het orgaantekort maakt dat dit wachten soms lang kan duren. Gedurende die tijd zal de toestand van de kandidaat-ontvanger wellicht nog verslechteren, waardoor een transplantatie uiteindelijk minder goede resultaten zal hebben.³²⁸³ Studies hebben duidelijk aangetoond dat de beste resultaten met niertransplantatie worden bereikt indien de transplantatie vóór de dialysebehandeling plaatsvindt (*pre-emptive kidney transplant*) of indien de dialysetijd althans zo kort mogelijk wordt gehouden.³²⁸⁴ Voor *pre-emptive kidney transplants* is men wegens het orgaantekort afhankelijk van levende donoren.³²⁸⁵ Ook het algemeen belang lijkt te worden benadeeld door het levensgevaarcriterium. Door niertransplantatie met behulp van een levende donor te verbieden, zal de patiënt langer afhankelijk zijn van dialyse, die op lange termijn duurder is voor de samenleving dan een transplantatie.³²⁸⁶

703. Het voordeel van de strikte interpretatie van het levensgevaarcriterium zou daarentegen zijn dat potentiële donoren een grotere bescherming tegen de risico's van orgaanwegname worden geboden. Zo wordt over het algemeen wel aanvaard dat de risico's van pancreassegmentwegname niet opwegen tegen het gebrek aan levensreddend karakter.³²⁸⁷ Ook leverwegname brengt niet te miskennen risico's met zich mee,³²⁸⁸ zodat een grotere bescherming voorlopig gerechtvaardigd lijkt.

³²⁸⁰ A.-C. SQUIFFLET, o.c., *Ann. Dr. Louvain* 2011, (357) 382, nr. 50.

³²⁸¹ Advies nr. 11 van 20 december 1999 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 2; T. MARTENS en K. VANDEWOUDE, o.c., *T. Gen.* 2009, afl. 65, nr. 8, (350) 350.

³²⁸² Zie o.a.: K. LANDRENEAU *et al.*, "Quality of life in patients undergoing hemodialysis and renal transplantation – A meta-analytic review", *Nephrology Nursing Journal* 2010, vol. 37, 37-45; E.S. DE PAULA *et al.*, "Roles assessment in families of children with chronic renal failure on peritoneal dialysis", *International Journal of Nursing Practice* 2008, vol. 14, 215-220; G. THIEL, "Living kidney donor transplantation – new dimensions", *Transpl. Int.* 1998, vol. 11, (s50) s51 (risico op jobverlies door dialyse); I. CLEEMPUT *et al.*, *Organisation and financing of chronic dialysis in Belgium*, 2010, 124 (<https://kce.fgov.be>). Zie voor een schrijnend voorbeeld van de nadelen van nierdialyse ook: *Urbanski v. Patel* (1978), 84 D.L.R. (3d) 650 (afwezigheid van de nierpatiënte tijdens dialyse en onvermogen om te werken op de boerderij, zware druk op haar man om het gezin te onderhouden, verstoring van de huwelijksrelatie, slechte omstandigheden voor de kinderen).

³²⁸³ D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 268; W. KOKKEDEE, o.c., *TvGR* 1998, (202) 204.

³²⁸⁴ INSERM, *Transplantation d'organes – Quelles voies de recherche?*, Parijs, Les éditions Inserm, 2009, 285; M.A. BOS, "Organ Transplantation – The European Perspective" in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2008, (17) 23; G.G. GARCIA, P. HARDEN en J. CHAPMAN, "The global role of kidney transplantation", *Curr. Opin. Organ Transplant* 2012, vol. 17, (362) 363; K. CRANSBERG *et al.*, "Kidney Transplantation Without Prior Dialysis in Children: The Eurotransplant Experience", *Am. J. Transpl.* 2006, vol. 6, 1858-1864; M. HELBERT, o.c., *Orpaadt forum* 2012, jaargang 12, nr. 1, (10) 10.

³²⁸⁵ H.-U. MEIER-KRIESCHE en J.D. SCHOLD, "Preemptive Living Transplantation: The Ideal Therapeutic Modality for End-Stage Renal Disease" in R.W.G. GRUENESSNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, 2008, 313-319; M.H. SAYEGH en C.B. CARPENTER, o.c., *N. Engl. J. Med.* 2004, vol. 351, afl. 26, (2761) 2765.

³²⁸⁶ Zie reeds *supra* Afd. 1, § 3, B van dit Hoofdstuk.

³²⁸⁷ J.M. WILMINK, o.c. in H.B.M. VAN WEZEL, M. SLOOFF en H. VAN GOOR (eds.), *Orgaandonatie*, 1998, (22) 32; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 265.

³²⁸⁸ Zie *supra* Afd. 1, § 2, A.1.a. van dit Hoofdstuk.

Daarentegen kunnen de risico's van nierwegneming veeleer beperkt worden gehouden.³²⁸⁹ De bovengenoemde baten van niertransplantatie bij de ontvanger lijken voldoende sterk te kunnen zijn om tegen deze beperkte risico's op te wegen. Een levensgevaar voor de ontvanger lijkt dus niet altijd vereist te zijn, opdat er evenredigheid kan zijn. Het levensgevaarvereiste is in dit geval té strikt.³²⁹⁰ Er zal dan ook geen rechtvaardiging zijn om bij wet *a priori* het zelfbepalingsrecht van de donor te beperken en belangrijke gezondheidszorg aan de ontvanger te ontfangen. Op dit punt vereist de wet bijgevolg een versoepeling.

Eenzelfde soepele houding kan bepleit worden ten aanzien van orgaanwegneming in het raam van een dominotransplantatie. De donor zou dan sowieso een orgaanwegneming ondergaan om therapeutische redenen voor zichzelf, wat de risico's van deze ingreep rechtvaardigt. Het eventuele bijkomende risico dat gepaard gaat met de dominoprocedure,³²⁹¹ zal dan wellicht geen levensgevaar bij de ontvanger vereisen opdat er evenredigheid zou bestaan.³²⁹² Nu is de dominotransplantatie enkel mogelijk ten voordele van een ontvanger in levensgevaar. Ook hier kan de wet dus een versoepeling gebruiken.

b. Oplossingen

704. Nu de voor-, maar ook de nadelen van het strikte levensgevaarcriterium duidelijk zijn, kan toegewerkt worden naar een gepaste juridische oplossing. Een eerste mogelijkheid is de *afschaffing van het levensgevaarcriterium*. Een gelijkaardige oplossing werd gevolgd in Frankrijk, waar het urgentiecriterium werd afgeschaft³²⁹³ en nu nog slechts een algemeen vereiste van 'rechtstreeks therapeutisch belang voor de ontvanger' geldt (art. L1231-1 Code de la Santé Publique). Ook artikel 19, lid 1 EVRM-Bio en artikel 9 Transplantatieprotocol EVRM-Bio stellen geen levensgevaar- of urgentiecriterium, maar enkel een algemeen vereiste van therapeutisch belang voor de ontvanger. De afschaffing van het levensgevaarvereiste zou als voordeel hebben dat er wordt teruggevallen op een meer flexibele kosten-batenafweging en zo de zelfbepaling van de donor meer wordt gerespecteerd.³²⁹⁴

Deze oplossing komt zonder twijfel tegemoet aan de nood om ten aanzien van niertransplantatie (en dominotransplantatie) een minder strikte houding in de wet aan te nemen. Maar voor andere transplantaties lijken de gevolgen nog te ingrijpend, zodanig dat het levensgevaarcriterium nog wel kan worden geacht proportioneel te zijn ten aanzien van de beperking van het zelfbepalingsrecht. Een volledige afschaffing van dit criterium ligt dus niet voor de hand.

Wel werd eerder al opgemerkt dat het levensgevaarvereiste verkeerdelijk de indruk kan wekken, dat geen rekening moet worden gehouden met de effectieve succeschansen van de transplantatie. Daarom zou het levensgevaarcriterium ten behoeve van de rechtszekerheid wel aangepast kunnen worden, zodat niet enkel wordt vereist dat de ontvanger in levensgevaar

³²⁸⁹ *Ibid.*

³²⁹⁰ Zie ook: W. KOKKEDEE, *o.c.*, *TvGR* 1998, (202) 204; A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, 1999, 199-200; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 255; D.L. SEGEV e.a., "Perioperative mortality and long-term survival following live kidney donation", *JAMA* 2010, vol. 303, 959-966; M. HELBERT, *o.c.*, *Orpadt forum* 2012, jaargang 12, nr. 1, (10) 13; "Transplantatie", *magUZA*, dossier nr. 7, <http://www.maguza.be>; A.-C. SQUIFFLET, *o.c.*, *Ann. Dr. Louvain* 2011, (357) 381-382, nr. 50.

³²⁹¹ Zie hierover al *supra* Afd. 1, § 2, A.1.d. van dit Hoofdstuk.

³²⁹² Zie ook: Memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, 22.358, nr. 3, 9; Resolution CM/Res(2008)4 on adult-to-adult living donor liver transplantation, <http://www.coe.int>.

³²⁹³ Projet de loi relatif à la bioéthique, n° 3166, 20 juni 2001, <http://www.assemblee-nationale.fr>, 19.

³²⁹⁴ Vgl. J.E.M. AKVELD, *Transplantatie en wetgeving*, 1987, 86-87; W. KOKKEDEE, *o.c.*, *TvGR* 1998, (202) 204.

verkeert, maar ook dat het orgaan van de levende donor het leven van de ontvanger moet kunnen redden.

705. Een andere mogelijkheid bestaat erin om het (aangepaste) levensgevaarcriterium in de wet te behouden, maar hiervan te proberen afwijken via de rechtsfiguur van de noodtoestand. Via deze rechtvaardigingsgrond zou men aan de bestraffing wegens schending van het levensgevaarvereiste kunnen ontsnappen indien de bescherming van de (nier)donor krachtens artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet niet opweegt tegen een ander rechtsgoed van grotere waarde.

Maar ook deze oplossing is niet vrij van kritiek. De noodtoestand vereist onder meer dat het gevaar voor het hogere rechtsgoed (*in casu* de gezondheid van de ontvanger) dreigend of actueel is.³²⁹⁵ Aan dit vereiste zal bij nierwegname wellicht niet voldaan zijn wegens de mogelijkheid tot dialyse.³²⁹⁶ Mede wegens het gebrek aan precedents, biedt een beroep op de noodtoestand hoe dan ook niet de rechtszekerheid die vereist is voor een goed functionerend transplantatiesysteem.

706. Een meer gematigde mogelijkheid zou kunnen zijn dat de wetgever het levensgevaarcriterium behoudt, maar specifiek voor nierwegname een uitzondering in de wet voorziet.³²⁹⁷ Meer bepaald zou dan kunnen worden gepreciseerd dat het voor nierwegname slechts is vereist dat bv. “*het leven van de ontvanger merkbaar verbeterd wordt*”.

Het nadeel van deze oplossing zou zijn dat nierwegname zo verondersteld wordt altijd beperkte risico's voor de donor te hebben en het levensgevaarcriterium dus nooit bij nierwegname een gepaste parameter is. Dit gaat in tegen het evenredigheidsprincipe, dat bij nierwegname met grotere risico's dan gewoonlijk een sterker tegengewicht, zoals het levensgevaar van de ontvanger, vereist.³²⁹⁸ Bovendien zouden de begrippen ‘merkbaar verbetering van het leven van de ontvanger’ eveneens tot uiteenlopende interpretaties aanleiding kunnen geven.

707. Een vierde mogelijkheid bestaat in het volgen van het voorbeeld van de Wet Menselijk Lichaamsmateriaal, die een gelijkaardig, maar soepeler *ultimum remedium*-criterium hanteert. Overeenkomstig artikel 10, § 2 van deze wet is o.a. vereist dat “*(...) de ontvanger in levensgevaar verkeert of het verwachte voordeel voor zijn gezondheid het risico aanvaardbaar maakt (...)*” (eigen onderlijning).³²⁹⁹ Dit betekent met andere woorden dat levensgevaar voor de ontvanger niet noodzakelijk vereist zal zijn. Een aanvaardbaar gezondheidsvoordeel zou reeds volstaan. Het voordeel van deze aanpak is flexibiliteit. Steeds zal *in concreto* een kosten-batenafweging kunnen worden gemaakt. Voor nierwegname vormt de mogelijkheid van dialyse dan niet meer noodzakelijk een obstakel.

Weliswaar wordt hiermee louter teruggevallen op het onaanvaardbaarheids criterium, terwijl het doel van artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet toch veeleer moet zijn om het al

³²⁹⁵ Zie over de noodtoestand reeds *supra* Hoofdstuk II, Afd. 2., § 2, D.1. van dit Deel.

³²⁹⁶ J.B. GRENOUILLEAU, *o.c.*, D. 1977, (213) 214. Zie ook: A. FAHMY ABDOL, *Le consentement de la victime*, Parijs, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1971, 440.

³²⁹⁷ Zie ook: J.E.M. AKVELD, “Het Voorstel van wet op de Orgaandonatie gewogen”, *TvGR* 1992, (62) 66, die meende dat de wetgever best duidelijk aangeeft welke voorwaarden gelden voor welke organen.

³²⁹⁸ Vgl. ook: J.E.M. AKVELD, *Transplantatie en wetgeving*, 1987, 84.

³²⁹⁹ Zie evenwel: Advies nr. 54 van 10 december 2012 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek betreffende de toestemming tot wegneming *post mortem* van menselijk lichaamsmateriaal met het oog op de geneeskundige toepassing op de mens of het wetenschappelijk onderzoek, http://www.health.belgium.be/16_waar_deze_frase_als_te_onduidelijk_en_te_ruim_werd_bestempeld.

bestaande onaanvaardbaarheidscriterium uit artikel 3, § 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet enigszins te concretiseren. Zoals al gezegd, zou het levensgevaarcriterium voor sommige organen wel een wenselijke regel zijn.

708. Er rest nog een laatste mogelijkheid. Eerder werd al gepleit voor de afschaffing van het regeneratiecriterium. Hierdoor zou nierwegneming al niet meer automatisch wegens het niet-regenererend karakter van een nier aan het levensgevaarcriterium worden onderworpen. Weliswaar zal nierwegneming nog wel op basis van het strikte ernstcriterium aan het levensgevaarvereiste moeten voldoen. Maar dit kan op zijn beurt opgelost worden door naast de afschaffing van het regeneratiecriterium ook het ernstcriterium te verfijnen. Zo zou niet enkel met de ernst van de risico's, maar ook met een beperkte risicofrequentie rekening moeten worden gehouden. Concreet kan dus bv. worden bepaald dat *“wanneer de orgaanwegneming voor de donor normalerwijze ernstige gevolgen van lichamelijke of psychosociale aard kan hebben, de wegneming bij levenden alleen kan worden verricht als de ontvanger in levensgevaar verkeert en de orgaanwegneming dit gevaar kan afwenden”*. Nierwegneming zal normalerwijze geen ernstige gevolgen meebrengen voor de donor, zodat dankzij de voorgestelde versoepeling van het ernstcriterium het levensgevaarvereiste zich in principe niet meer stelt voor nierwegneming. De voorgestelde oplossing is m.a.w. geen aanpassing van het levensgevaarcriterium op zich, maar wel een wijziging van het toepassingsgebied van dit criterium. Via de interpretatie van het ernstcriterium is er enige ruimte voor flexibiliteit.

Het voordeel is dat hiermee wordt tegemoetgekomen aan de nood aan versoepeling ten aanzien van *nierwegneming* bij leven. Dergelijke orgaanwegneming zal zo niet enkel meer een *ultimum remedium* zijn. Tegelijk zal het evenredigheidsprincipe gerespecteerd worden indien nierwegneming in een concreet geval toch meer risico's dan normaal zou inhouden. In dat geval zou immers moeten worden gesteld dat *in concreto* de nierwegneming normalerwijze wél ernstige gevolgen kan hebben, zodat het levensgevaarvereiste alsnog van toepassing zal zijn. Bovendien maakt de voorgestelde oplossing ook een wenselijke versoepeling mogelijk ten aanzien van wegneming bij dominotransplantatie of van baarmoederwegneming. Ten slotte biedt deze oplossing ook het voordeel van flexibiliteit, zodat nieuwe medische ontwikkelingen deze regeling niet meteen achterhaald maken. Deze laatste oplossing kan m.i. dan ook verkozen worden boven de eerder besproken opties.

B. Het subsidiariteitscriterium

709. Overeenkomstig artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet vereist orgaanwegneming niet enkel dat de ontvanger in levensgevaar verkeert, maar ook dat *“de transplantatie van organen van een overledene geen even bevredigend resultaat kan opleveren”*. Orgaanwegneming bij leven wordt m.a.w. als een ondergeschikte of subsidiaire optie beschouwd, zelfs als ze voor de ontvanger levensreddend kan zijn.

Hierna wordt eerst dieper ingegaan op de verhouding tussen levende en overleden donoren (*infra* 1). Daarna moet ook de verhouding tussen levende donoren en de overige alternatieven aan bod komen (*infra* 2). Op basis van de bedenkingen die bij deze twee aspecten rijzen, zal ten slotte een voorstel tot wijziging van het subsidiariteitscriterium in artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet geformuleerd worden (*infra* 3).

1. Verhouding met overleden donoren

710. De subsidiariteitsregel vereist dat er een vergelijking wordt gemaakt tussen het resultaat van een transplantatie met een levende donor en het resultaat van een transplantatie met een overleden donor.³³⁰⁰ De vergelijking wordt in het voordeel van de levende donor beslecht indien het orgaan van de overleden donor niet tot een even bevredigend resultaat zal leiden. Voor zover kan worden afgeleid uit de memorie van toelichting betekent het ‘bevredigend resultaat’ blijkbaar dat de ontvanger ‘niet even deugdelijk’ kan worden geholpen met de transplantatie van een lijkorgaan.³³⁰¹ Dit is echter nog steeds vaag.³³⁰² Om de term ‘bevredigend’ alsnog te verduidelijken, wordt hierna ingegaan op twee parameters: de therapeutische doeltreffendheid als kwalitatieve parameter (a) en de beschikbaarheid van een overleden donor als kwantitatieve parameter (b).

a. Therapeutische doeltreffendheid

711. Een parameter die een bepalende rol speelt, is de therapeutische doeltreffendheid voor de ontvanger. Uit de vergelijking moet blijken dat het niet mogelijk is om met een orgaan van een overleden donor de transplantatie te verrichten met eenzelfde (of betere) therapeutische doeltreffendheid voor de ontvanger.³³⁰³ Indien het gebruik van een levende donor tot dezelfde, maar niet tot betere therapeutische resultaten zou leiden, dan is orgaanwegname bij leven ongeoorloofd en moet de voorkeur worden gegeven aan een overleden donor.

Deze regel vloeit m.i. voort uit het evenredigheidsprincipe. Dit principe vereist dat de baten van orgaanwegname opwegen tegen de risico's voor de donor. Dit impliceert dat onder meer rekening wordt gehouden met de gevolgen voor de ontvanger. Bij de ontvanger zullen immers de belangrijkste baten te vinden zijn. Deze baten zijn op hun beurt bepalend voor de baten voor de donor (m.n. psychosociale voordelen)³³⁰⁴ en voor de samenleving (bv. verkorting van wachtlijsten)³³⁰⁵. Deze kosten-batenafweging vindt haar oorzaak in het verzoenen van de nood aan zo goed mogelijke behandeling van de ontvanger met de nood aan bescherming van de levende donor tegen de risico's van orgaanwegname. Ze verliest echter haar oorzaak indien gelijke of grotere baten voor de ontvanger kunnen worden bereikt zonder de risico's voor de donor. Indien overleden donoren gelijke of betere baten opleveren, genieten ze dan ook de voorkeur, want in tegenstelling tot bij levende donoren leidt de orgaanwegname dan niet tot een aantasting van de gezondheid van de donor.³³⁰⁶ Bijgevolg kan worden gesteld dat het evenredigheidsprincipe de subsidiariteit van orgaanwegname bij leven veronderstelt.³³⁰⁷

³³⁰⁰ L. LOPP, Regulations regarding living organ donation in Europe, 2013, 115.

³³⁰¹ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 1984-1985, nr. 832/1, 7.

³³⁰² Zie ook de Franstalige tekst van de wet en van de memorie van toelichting, waar in beide dezelfde term (*satisfaisant*) wordt gebruikt.

³³⁰³ Vgl. Advies Raad van State, *Parl. St.* Senaat 1984-1985, nr. 832/1, 32. Schijnbaar *contra*: B. SINDIC, o.c., *Ann. Dr. Louvain* 2002, (225) 241, die stelt dat het orgaantekort (kwantitatief criterium) de enige rechtvaardiging voor levende donoren is.

³³⁰⁴ Zie *supra* Afd. 1, § 2, B.2.b. van dit Hoofdstuk.

³³⁰⁵ Zie *supra* Afd. 1, § 3, B van dit Hoofdstuk.

³³⁰⁶ In dezelfde zin: Memorie van toelichting EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 118; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 262, die verwijst naar het ethisch principe van *non-maleficence*. Zie ook: A. PASCALEV *et al.*, o.c. in F. AMBAGTSHEER en W. WEIMAR (eds.), *The EULOD Project*, 2013, (53) 55; A.-M. FARRELL, “Adding Value? Governance of Organ Donation and Transplantation”, *EJHL* 2010, (51) 59.

³³⁰⁷ Vgl. in dezelfde zin o.a.: J. VELAERS, o.c. in C. VAN SCHOUWBROECK en H. COUSY (eds.), *Discriminatie en verzekering*, 2006 (85) 109 (i.v.m. de rechtvaardiging van ongelijke behandeling).

712. Volgens het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek moet de levende donor meer bepaald een ‘substantieel’ voordeel bieden.³³⁰⁸ Daarentegen vereist artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet strikt genomen slechts dat er *een* voordeel is, hoe gering ook. Weliswaar zal wellicht nooit met mathematische precisie kunnen worden beoordeeld of een overleden donor tot een gelijk resultaat als een levende donor zal leiden. De prioriteit van overleden donoren dreigt te worden miskend indien de therapeutische doeltreffendheid van een levende donor te gering is om zeker van te zijn. Met het vereiste van ‘substantieel’ voordeel kan bijgevolg worden ingestemd voor zover hiermee wordt bedoeld dat het voordeel groot genoeg moet zijn om *duidelijk* te kunnen worden vastgesteld.

Vanzelfsprekend veronderstelt artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet dat de transplantatie met een levende donor überhaupt een bevredigend karakter heeft. Hierin kan wederom een bevestiging worden gelezen van het eerder vermelde verbod op orgaanwegneming voor klinisch futiele transplantatie.³³⁰⁹

713. De beoordeling van therapeutische doeltreffendheid veronderstelt een prognose aan de hand van de huidige medisch-wetenschappelijke kennis over transplantatie bij patiënten die zich in dezelfde gezondheidssituatie als de ontvanger *in casu* bevinden. Er heerst niettemin toch nog wel wat wetenschappelijke onzekerheid. H. Nys lijkt te suggereren dat er in geval van gebrek aan kennis over de resultaten geen beoordeling kan plaatsvinden. Zo stelt deze auteur dat het onmogelijk is om een vergelijking te maken tussen de transplantatie van een lijkhart en de transplantatie van een hart afkomstig van een levende donor, omdat deze laatste niet zou voorkomen. Hij besluit dat er dan niet aan de subsidiariteitsvoorwaarde is voldaan.³³¹⁰

Deze redenering kan m.i. niet geheel worden bijgetreden. Enerzijds is het gegeven voorbeeld onjuist. Een harttransplantaat is soms wél afkomstig van een levende donor, namelijk in het raam van een dominotransplantatie. Anderzijds kan er wél een vergelijking worden gemaakt en een uitspraak worden gedaan over de subsidiariteit indien er over een bepaalde transplantatie met een levende donor niets of onvoldoende gekend is. Er zal minstens een speculatie kunnen worden gemaakt over de medische doeltreffendheid. Veelal zal de onzekerheid niet toelaten om te stellen dat de levende donor tot een grotere medische doeltreffendheid zal leiden dan een overleden donor.

714. De therapeutische doeltreffendheid moet telkens geval per geval *in concreto* bekeken worden. Niettemin kunnen enkele algemene vaststellingen worden gedaan. Zo zal niertransplantatie met een levende donor doorgaans zowel op korte, als op lange termijn duidelijk tot betere resultaten voor de ontvanger leiden dan transplantatie van lijknieren.³³¹¹ De

³³⁰⁸ Advies nr. 11 van 20 december 1999 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, <http://www.health.belgium.be>, 14. In dezelfde zin: B. SINDIC, o.c., *Ann. Dr. Louvain* 2002, (225) 242; Memorie van toelichting Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 61 (‘significantly’ better results); J.F. RANG, o.c., *TvGR* 1979, (14) 20 (overleden donor heeft ‘beduidend minder’ succes); D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, Cambridge, Cambridge University Press, 263 (‘outstanding’ results).

³³⁰⁹ Zie reeds *supra* A.2. van deze paragraaf.

³³¹⁰ H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 2005, 518, nr. 1210.

³³¹¹ Zie o.a.: Advies nr. 11 van 20 december 1999 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, <http://www.health.belgium.be>, 14; M.H. BEERS *et al.*, *Merck Manual*, 2005 (2^{de} ed.), 1081; J.M. CECKA, o.c. in R.W.G. GRUESSNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, 2008, (319) 319; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 219; Resolution CM/Res(2008)6 on transplantation of kidneys from living donors who are not genetically related to the recipient, www.edqm.eu; V. BOECXSTAENS *et al.*, o.c., *T. Gen.* 2010, vol. 66, (167) 167; L. LOPP, Regulations regarding living organ donation in Europe, 2013, 115-116; Commission staff working document on the mid-term review of the “Action Plan on Organ Donation and Transplantation (2009-2015): Strengthened Cooperation between Member States”, SWD(2014) 147 final, <http://eur-lex.europa.eu>, 18.

reden hiervoor is als volgt.³³¹² Terwijl transplantatie met een overleden donor vaak een spoedprocedure betreft, is de transplantatie met een levende donor een electieve ingreep die dus beter gepland kan worden. Dit heeft op zijn beurt verschillende voordelen. Er kan een optimale personeelscapaciteit gegarandeerd worden. De tijdspanne tussen wegneming en transplantatie kan geminimaliseerd worden, zodat de nier minder blootstaat aan ischemie en in betere conditie zal verkeren. Er kan vooraf ook meer aandacht worden besteed aan weefselcompatibiliteit en de ontvanger zou zelfs immunologisch gepreconditioneerd kunnen worden. Ook de aanwezigheid van overdraagbare ziekten kan beter worden onderzocht. Ook werd geopperd dat de bijzondere emotionele setting van levende donatie de patiënt motiveert om trouw de therapie (m.n. volhouden van de immunosuppressivakuur) te volgen.³³¹³ De ontvanger zal ten slotte niet of minder lang gedialyseerd moeten worden dan wanneer hij zou moeten wachten op een overleden donor. Zoals eerder al gezegd, levert niertransplantatie betere resultaten op naargelang de dialysetijd korter is.

De resultaten van leversegmenttransplantatie met een levende donor lijken ook enig therapeutisch voordeel te hebben tegenover levertransplantatie met een overleden donor, maar dit voordeel blijkt zeer beperkt te zijn.³³¹⁴

b. Beschikbaarheid van overleden donoren

715. Er kan een onderscheid gemaakt worden tussen de therapeutische doeltreffendheid van overleden donoren en hun beschikbaarheid.³³¹⁵ Vaak zal (nier)transplantatie met een levende donor een grotere therapeutische doeltreffendheid meebrengen en zal de vraag naar de beschikbaarheid van lijkorganen bijgevolg geen belang vertonen.³³¹⁶

Toch is het mogelijk dat de transplantatie van een overleden donor door de medische wetenschap wél als een meer therapeutisch doeltreffende optie wordt beschouwd.³³¹⁷ Stel dat er op dat moment echter geen lijkorgaan beschikbaar is,³³¹⁸ wat wegens het orgaantekort veeleer de regel dan de uitzondering zal zijn. Is orgaanwegname bij leven dan toch geoorloofd, ondanks het feit dat een overleden donor tot betere resultaten zou leiden? Is de beschikbaarheid van een lijkorgaan m.a.w. een valabele parameter om het bevredigend karakter in de zin van artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet te beoordelen? Buiten België wordt op deze vragen

³³¹² Zie o.a.: Advies nr. 11 van 20 december 1999 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 3; GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 77 e.v.; R. MUNSON, o.c. in B. STEINBOCK (ed.), *The Oxford handbook of bioethics*, 2007, (211) 214; R. KANDASWAMY en A. HUMAR, o.c. in A. HUMAR, A.J. MATAS en W.D. PAYNE (eds.), *Atlas of Organ Transplantation*, 2006, (59) 59; G. WARNECKE en K.J. WOOD, "Strategies to Induce Tolerance" in R.W.G. GRUENESSNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, 2008, (737) 737 en 744; INSERM, *Transplantation d'organes – Quelles voies de recherche?*, Parijs, Les éditions Inserm, 2009, 283-284 en 287; T. MARTENS en K. VANDEWOUDE, o.c., *T. Gen.* 2009, afl. 65, nr. 8, (350) 350; M. HELBERT, o.c., *Orpadi forum* 2012, jaargang 12, nr. 1, (10) 14; Explanatory memorandum of the Resolution CM/Res(2013)56 on the development and optimisation of live kidney donation programmes, <http://www.coe.int>.

³³¹³ P. MICHIELSEN, o.c., *Health Policy* 1990, (117) 119.

³³¹⁴ Advies nr. 11 van 20 december 1999 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 5 en 14; R. MUNSON, o.c. in B. STEINBOCK (ed.), *The Oxford handbook of bioethics*, 2007, (211) 214; R. KOHLI, e.a., o.c. in R.W.G. GRUENESSNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, 2008, (656) 660; S. NADALIN en M. MALAGÓ, "Adult Recipients" in R.W.G. GRUENESSNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, 2008, (651) 654; INSERM, *Transplantation d'organes – Quelles voies de recherche?*, Parijs, Les éditions Inserm, 2009, 310-311; T.W. REICHMAN *et al.*, "Living donor versus deceased donor liver transplantation: a surgeon-matched comparison of recipient morbidity and outcomes", *Transpl. Int.* 2013, vol. 26, 780-787; C. QUINTINI *et al.*, "Is there an advantage of living over deceased donation in liver transplantation?", *Transpl. Int.* 2013, vol. 26, 11-19.

³³¹⁵ Vgl. D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 262 en 265.

³³¹⁶ H. NYS, *Recht en bio-ethiek*, 2010, 138.

³³¹⁷ Zie echter: T. VANSWEEVELT, "Art. 6 Orgaantransplantatiewet" in *Comm. Pers.*, 2008, currens, 3, waar werd gesteld dat transplantatie van organen van een overleden donor in de meeste gevallen wel een even bevredigend resultaat oplevert.

³³¹⁸ Zie reeds: S. en Y. OSCHINSKY, "Prélèvement et transplantation d'organes", *JT* 1987, 171.

steevast positief geantwoord. Zo bepalen o.a. artikel 19, lid 1 EVRM-Bio en artikel 9 Transplantatieprotocol EVRM-Bio dat orgaanwegneming bij een levende donor is toegestaan “*where there is no suitable organ or tissue available from a deceased person*” (eigen onderlijning).³³¹⁹ Met name leversegmenttransplantatie wordt in de medische literatuur aanvaardbaar geacht hoofdzakelijk omdat er een gebrek aan beschikbaarheid van overleden donoren bestaat.³³²⁰

In België bestaat daarentegen wel discussie over het belang van de beschikbaarheid van lijkorganen voor het subsidiariteitscriterium van artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet. Er zijn twee visies: de *in concreto*-benadering en de *in abstracto*-benadering.³³²¹ Volgens de *in abstracto*-benadering mag enkel met de therapeutische doeltreffendheid *sensu stricto* rekening worden gehouden. Dit wil zeggen dat orgaanwegneming bij leven enkel geoorloofd is indien ze naar medisch-wetenschappelijke normen tot betere resultaten zou leiden dan een lijkorgaan, los van de actuele beschikbaarheid van een lijkorgaan. De kandidaat-ontvanger, die nota bene in levensgevaar zal verkeren, moet dus wachten op de toebedeling van een lijkorgaan. Hoewel de kans op toebedeling van een lijkorgaan stijgt in geval van urgentie,³³²² is dit nochtans geen garantie. Volgens de *in concreto*-benadering mag met de therapeutische doeltreffendheid *sensu lato* rekening worden gehouden. Dit wil zeggen dat orgaanwegneming bij leven geoorloofd kan zijn bij onbeschikbaarheid van een lijkorgaan, zelfs al zou dit lijkorgaan tot betere therapeutische resultaten kunnen leiden. *De facto* zal de levende donor dan de meest therapeutisch doeltreffende keuze zijn; een onbestaand lijkorgaan kan de ontvanger niet genezen. Voor deze laatste visie werd reeds geopteerd door het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek.³³²³

716. H. Nys neemt duidelijk stelling in tegen de *in concreto*-benadering. Deze auteur argumenteert dat orgaanwegneming bij leven met deze benadering een aleatorische aangelegenheid wordt.³³²⁴ Men zou immers volledig vrij kunnen beslissen in hoeverre er wordt uitgekeken naar een beschikbaar lijkorgaan (In het ziekenhuis? In de wijde omgeving? In België? In Europa? Wereldwijd?).³³²⁵

Dit argument overtuigt m.i. echter niet. De concrete benadering van het subsidiariteitscriterium *ex* artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet impliceert dat überhaupt gezocht moet worden naar lijkorganen. Om de wettelijk opgelegde vergelijking te kunnen maken, moet er immers volgens de concrete benadering rekening worden gehouden met de effectieve beschikbaarheid van organen. Deze beschikbaarheid kan in principe slechts beoordeeld worden indien men ze heeft onderzocht. Anders wordt de subsidiariteitsregel

³³¹⁹ Zie in het raam van de Raad van Europa voorheen ook al: Third Conference of European Health Ministers on Organ Transplantation, Parijs 16-17 November 1987, *VI. T. Gez.* 1987-88, (284) 286. Zie ook: J.F. RANG, *o.c.*, *TvGR* 1979, (14) 20; R.A. TORRINGA, *o.c.*, *Ars Aequi* 1970, (1) 7; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 264.

³³²⁰ Appendix i en ii bij Recommendation R(97) 16 of the Committee of Ministers to member states on liver transplantation from living related donors, <http://www.coe.int>; Advies nr. 11 van 20 december 1999 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 5; A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, 1999, 40; R. KOHLI, e.a., “Pediatric Recipient” in R.W.G. GRUESSNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, 2008, (656) 660; R. REDING, “Is It Right to Promote Living Donor Liver Transplantation for Fulminant Hepatic Failure in Pediatric Recipients?”, *Am. J. Transpl.* 2005, vol. 5, (1587) 1589-1590; Resolution CM/Res(2008)4 on adult-to-adult living donor liver transplantation, <http://www.coe.int>. Zie ook: L. LOPP, Regulations regarding living organ donation in Europe, 2013, 116.

³³²¹ H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 2005 (2^{de} ed.), 517-518, nr. 1209; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2010, 736, voetnoot 499.

³³²² Zie *infra* Deel VI, Hoofdstuk I, Afd. 3, § 2, C.

³³²³ Advies nr. 11 van 20 december 1999 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 16.

³³²⁴ En dit zou uiteraard niet stroken met de bedoeling van de wetgever, namelijk de bescherming van de donor.

³³²⁵ H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 2005 (2^{de} ed.), 517-518. Daarin gevolgd door: T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 104.

uitgehouden, wat onzinnig zou zijn. De zoektocht naar een beschikbaar en geschikt lijkorgaan zal dan geenszins willekeurig gebeuren, maar via een wettelijk erkend toewijzingsorganisme (Eurotransplant) dat aan de hand van vooraf vastgestelde en objectieve criteria (o.a. medische geschiktheid, urgentie en geografische ligging) organen toebedeelt (art. 13bis Orgaantransplantatiewet).³³²⁶

De kandidaat-ontvanger zou weliswaar krachtens artikel 8, § 4 Wet Patiëntenrechten ieder lijkorgaan kunnen weigeren om bij wijze van achterpoortje alsnog een orgaan van de levende donor te krijgen. Maar in de hypothese die ons hier bezighoudt, biedt het lijkorgaan betere therapeutische resultaten dan de levende donor. Enerzijds zal het dus moeilijk denkbaar zijn dat de ontvanger het lijkorgaan weigert. Anderzijds kan de wegnemende arts m.i. een strafrechtelijke en burgerrechtelijke fout begaan indien hij aan deze constructie meewerkt. Een normaal, zorgvuldig arts zal in principe immers geen orgaanwegneming bij leven uitvoeren indien deze onnodig is. Dat de ontvanger niet meteen geholpen kan worden, maakt geen schuldig verzuim uit. Artikel 422bis Sw. legt immers slechts een hulpverleningsplicht op indien de hulp kan geschieden zonder ernstig gevaar voor anderen (*in casu* de levende donor).

Aansluitend bij het willekeurargument van H. Nys moet nog worden gezegd dat de *in abstracto*-benadering evenmin een garantie voor rechtszekerheid in de praktijk biedt. Ze veronderstelt dat de geldende stand van de medische wetenschap bepalend is. De ervaring leert echter dat er soms tegenovergestelde medische strekkingen bestaan en het niet steeds eenvoudig is om uit te maken welke strekking nu de juiste is.³³²⁷

717. Een ander, fundamenteeler argument tegen de *in concreto*-benadering werd aangebracht door T. Vansweevelt. Deze auteur beroept zich op de bedoeling van de wetgever om orgaanwegneming bij leven slechts uitzonderlijk toe te laten. Bijgevolg zou een strikte interpretatie, m.a.w. een *in abstracto*-benadering, gevolgd moeten worden.³³²⁸

Maar ook dergelijke redenering is m.i. niet waterdicht. Dat de wetgever in 1986 een restrictieve, ontmoedigende houding ten aanzien van levende donoren wou aannemen, is juist.³³²⁹ Maar uit de memorie van toelichting volgt dat de wetgever in uitzonderlijke gevallen orgaanwegneming bij leven wél wou toelaten.³³³⁰ De situatie waarbij de ontvanger in levensgevaar verkeert en er geen geschikt orgaan van een overledene, maar wel van een geschikte levende donor beschikbaar is, lijkt bij uitstek zo'n uitzonderlijk geval te zijn. De bedoeling van de wetgever vormt dus geen sluitend argument om de concrete benadering af te wijzen. Dit geldt eens te meer nu artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet kan worden beschouwd als een uitzondering op het principe dat orgaanwegneming bij wilsbekwame meerderjarigen toegelaten is.³³³¹ De gevestigde juridische interpretatieregel luidt dat uitzonderingen strikt geïnterpreteerd moeten worden. *In casu* betekent dit dat men de uitzondering van artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet niet mag versterken door de *in abstracto*-benadering te volgen.

³³²⁶ In dezelfde zin: D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 265-266. Zie *infra* Deel VI, Hoofdstuk I, Afd. 3. De *in concreto*-benadering veronderstelt voor alle duidelijkheid dat het orgaan tijdig bij de ontvanger kan worden gebracht; het volstaat dus niet dat er ergens een geschikte overleden donor gelocaliseerd werd.

³³²⁷ Zie bv.: T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, Antwerpen, Maklu, 1992, 154 e.v.

³³²⁸ T. VANSWEEVELT, "Art. 6 Orgaantransplantatiewet" in *Comm. Pers.*, 2008, currens, 3. Daarin gevolgd door: T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 104.

³³²⁹ Zie *supra* Hoofdstuk II, Afd. 1 van dit Deel.

³³³⁰ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 1984-1985, nr. 832/1, 7.

³³³¹ Art. 5 Orgaantransplantatiewet. In die zin: T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 102.

718. In de lijn van het voorgaande kan m.i. een sterk argument *pro de in concreto*-benadering gevonden worden in het zelfbepalingsrecht van de levende donor. De term ‘bevredigend’ biedt ruimte voor interpretatie en is alleszins voldoende ruim om alle feitelijke elementen, inclusief de beschikbaarheid van lijkorganen, te omvatten. De interpretatie van dit wettelijk begrip moet vanzelfsprekend geschieden in overeenstemming met hiërarchisch hogere normen zoals het zelfbepalingsrecht vervat in o.a. artikel 8 EVRM.³³³² Het uitgangspunt is bijgevolg dat een persoon (*in casu* de kandidaat-donor) vrij kan beslissen wat er met diens lichaam gebeurt (*in casu* een orgaanwegname). Dit zelfbepalingsrecht mag door de wetgever weliswaar beperkt worden omwille van bepaalde legitieme belangen (*in casu* de gezondheid van de levende donor), maar slechts voor zover deze beperking proportioneel is om dit belang te behartigen.³³³³

In casu vereist de proportionaliteit m.i. niet dat de *in abstracto*-benadering wordt gehanteerd. De donor wordt immers al via andere waarborgen een voldoende sterke bescherming geboden. Zo zal de donor vooraf uitgebreid moeten worden geïnformeerd over de gevolgen en zal hij een medische en psychosociale evaluatie door een onafhankelijk en multidisciplinair team moeten ondergaan.³³³⁴ Onaanvaardbare gezondheidsrisico's (bv. dodelijke orgaanwegname) sluiten de orgaanwegname hoe dan ook uit.³³³⁵ Na de ingreep heeft de donor recht op een *follow-up* na de ingreep.³³³⁶ De bescherming van de donor kan bijgevolg voldoende worden behartigd in de *in concreto*-benadering. De abstracte benadering zou dan ook leiden tot een overdreven beperking van het zelfbepalingsrecht van de donor.³³³⁷ Enkel wanneer een lijkorgaan een grotere therapeutische doeltreffendheid heeft én beschikbaar is, moet dit voorrang krijgen op een orgaan van een levende donor.

719. Voorts kan de *in concreto*-benadering nog gesterkt worden met een argument van algemeen belang. Deze benadering laat namelijk meer ruimte voor de bestrijding van het orgaantekort via levende donoren en is dus in het belang van alle kandidaat-ontvangers. Voor dergelijk beleid bestaat vandaag zeker een internationaal, maar ook Belgisch politiek draagvlak.³³³⁸ De strikte *in abstracto*-benadering zou daarentegen de druk op overleden donoren doen toenemen en hen kwetsbaarder maken.³³³⁹

De *in concreto*-benadering laat toe dat levende donoren een weliswaar subsidiaire, maar wel complementaire bron van organen zijn. Ze betekent daarentegen niet dat levende donoren een prioritaire bron worden. Er zullen dus nog wel voldoende inspanningen moeten worden geleverd om *post mortem* donatie aan te moedigen.³³⁴⁰ Anders zou er dan weer teveel druk op de levende donoren komen te liggen.

³³³² J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER m.m.v. T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2013 (7^{de} editie), 75 en 111. Zie in die zin ook: L. LOPP, Regulations regarding living organ donation in Europe, 2013, 112-113 over de ethische afweging die moet worden gemaakt tussen het principe van non-maleficence en het principe van zelfbeschikking.

³³³³ Zie reeds *supra* Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, D van dit Deel.

³³³⁴ Art. 3bis, lid 2 *in conjunctio* 8bis en art. 9, lid 2 Orgaantransplantatiewet. Zie uitvoeriger over deze evaluatie *supra* Hoofdstuk III, Afd. 9 van dit Deel en *infra* Afd. 3 van dit Hoofdstuk.

³³³⁵ Art. 3, § 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet. Cf. *supra* § 2, A.4. van deze Afdeling.

³³³⁶ Art. 9bis, lid 2 Orgaantransplantatiewet.

³³³⁷ Vgl. ook: W. DREESSEN, o.c., *Jura Falc.* 1984-85, (500), die meent dat er geen geschikte overleden donor ter beschikking mag staan of gevonden kunnen worden en hierbij verwijst naar art. 2 en 8 EVRM; J.E.M. AKVELD, *Transplantatie en wetgeving*, 1987, 86-87; W. KOKKEDEE, o.c., *TvGR* 1998, (202) 204; L. LOPP, Regulations regarding living organ donation in Europe, 2013, 165 en 286, die ook wijst op het recht van de ontvanger om tussen twee valabele therapeutische opties te kiezen.

³³³⁸ Zie *supra* Hoofdstuk II, Afd. 1 van dit Deel.

³³³⁹ Vgl. M.F. ANDERSON, o.c., *Health Matrix* 1995, vol. 5, (249) 294; H. NYS, “Legal Protection of the Deceased Organ Donor in Europe” in A. DEN EXTER (ed.), *Human rights and biomedicine*, Antwerpen, Maklu, 2010, (221) 223.

³³⁴⁰ Vgl. Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 64; Rapport van de Académie nationale de Médecine, “Le recours aux donneurs vivants en transplantation d’organes” (2009), www.academie-medecine.fr; Memorie van toelichting Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 107.; K. VAN ASSCHE, G. GENICOT en S. STERCKX, o.c., *Bioethics* 2012, (1) 4.

720. Ten slotte voerde H. Nys tegen de *in concreto*-benadering nog aan dat de tijds marge waarbinnen de beschikbaarheid van het orgaan moet worden geëvalueerd, zou leiden tot onzekerheid.³³⁴¹ De vraag hoe lang er moet worden gewacht op een beschikbaar lijkorgaan is inderdaad voor interpretatie vatbaar.

Wegens het orgaantekort zal er niet altijd onmiddellijk een lijkorgaan beschikbaar zijn. Indien steeds zou worden vereist dat het lijkorgaan onmiddellijk beschikbaar is, dan zou de beschikbaarheid zodanig eng worden ingevuld dat het subsidiariteitscriterium wordt uitgehold.³³⁴² Dit kan niet de bedoeling zijn. Het is redelijker om, in navolging van de Engelse rechtsleer, de beschikbaarheid te beoordelen aan de hand van de voorspelbare wachttijd op de wachtlijst, rekening houdende met o.a. de grootte van de wachtlijst en de evolutie van de gezondheidstoestand van de kandidaat-ontvanger.³³⁴³ Indien de ontvanger in levensgevaar verkeert, dan zal de tijds marge, wegens de urgentie, uiteraard heel beperkt zijn. Zodoende kan de interpretatiemarge m.i. toch voldoende worden afgebakend, opdat rechtsonzekerheid geen doorslaggevend bezwaar voor de *in concreto*-benadering meer vormt.

2. Verhouding met overige alternatieven

721. In Nederland moet ook met andere opties dan transplantatie van een lijkorgaan rekening worden gehouden. Zo luidt artikel 3, lid 3 Wet Orgaandonatie dat orgaanwegneming bij leven enkel kan indien het levensgevaar voor de ontvanger “*niet op andere wijze even goed kan worden afgewend*” (eigen onderlijning). Evenzo bepalen artikel 19, lid 1 EVRM-Bio en artikel 9 Transplantatieprotocol EVRM-Bio dat orgaanwegneming bij leven slechts mag “*where there is (...) no other alternative therapeutic method of comparable effectiveness*”.³³⁴⁴ Het Belgische Raadgevend Comité voor Bio-ethiek heeft zich bij deze visie aangesloten.³³⁴⁵

Het subsidiariteitscriterium uit artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet beperkt zich daarentegen tot de verhouding tussen levende donoren en overleden donoren. Dit criterium verplicht op zich immers niet om te vergelijken met andere alternatieven dan transplantatie van lijkorganen. Ondanks de indruk die het subsidiariteitscriterium van artikel 6, § 1 geeft, moet m.i. toch ook naar Belgisch recht worden aangenomen dat orgaanwegneming bij leven de afwezigheid van andere alternatieven met vergelijkbare doeltreffendheid vereist. Eerder werd immers verdedigd dat de subsidiariteit van orgaanwegneming bij leven ten aanzien van overleden donoren voortvloeit uit het evenredigheidsprincipe.³³⁴⁶ De kosten-batenanalyse die aan dat principe eigen is, verliest namelijk haar oorzaak indien gelijke of grotere baten voor de ontvanger kunnen worden bereikt zonder de risico's voor de donor. Het maakt hierbij niet uit hoe dit gelijke of betere voordeel voor de ontvanger kan worden verkregen. Aangezien het onaanvaardbaarheids criterium uit artikel 3, § 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet het

³³⁴¹ H. NYS, o.c. in A. DEN EXTER (ed.), *Human rights and biomedicine*, 2010, (221) 223. Vgl. ook de kritiek in: W. KOKKEDEE, o.c., *TvGR* 1998, (202) 204-205.

³³⁴² D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 266.

³³⁴³ A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, 1999, 56 en 202; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 265-267.

³³⁴⁴ Zie voorheen ook al: Third Conference of European Health Ministers on Organ Transplantation, Parijs 16-17 November 1987, *VI. T. Gez.* 1987-88, (284) 286.

³³⁴⁵ Advies nr. 11 van 20 december 1999 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, <http://www.health.belgium.be>, 14 en 16. Zie ook *pro* deze stelling: *Vr. en Antw.* Senaat 2006-07, 8 mei 2006, p. 9205 (Vr. nr. 3-5034 ANSEEUW); K. McK. NORRIE, o.c., *Int. & Comp. L.Q.* 1985, (442) 446; A. PASCALEV *et al.*, o.c. in F. AMBAGTSHEER en W. WEIMAR (eds.), *The EUOD Project*, 2013, (27) 45.

³³⁴⁶ Zie *supra* B.1. van deze paragraaf.

evenredigheidsprincipe omvat, kan in dit onaanvaardbaarheids criterium ook de subsidiariteit van orgaanwegname bij leven ten aanzien van andere alternatieven dan overleden donoren gelezen kunnen worden. Een onnodig gezondheidsrisico voor de donor is m.a.w. een onaanvaardbaar gezondheidsrisico.

Ook het levensgevaarcriterium uit artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet impliceert dat er rekening wordt gehouden met alternatieven en dat er pas sprake is van levensgevaar bij gebrek aan alternatieven die dit levensgevaar kunnen afwenden. Het levensgevaarcriterium biedt evenwel slechts een gedeeltelijke oplossing, want het zegt niet welk alternatief er voorrang krijgt indien er meerdere alternatieven zijn die het levensgevaar kunnen afwenden.

722. Er zijn *grosso modo* twee categorieën van alternatieven buiten transplantatie met een overleden donor. De eerste categorie betreft de transplantatie-gerelateerde alternatieven. Hierbij kan met name gedacht worden aan xenotransplantatie, de transplantatie van gekweekte organen of inplanting van (bio-)mechanische kunstorganen.³³⁴⁷ In de huidige stand van de wetenschap zijn de meeste van deze alternatieven nog niet in de klinische praktijk doorgebroken als volwaardige behandeling³³⁴⁸ en vertonen ze dus (nog) niet de nodige therapeutische doeltreffendheid om orgaanwegname bij leven te verhinderen.

De tweede, ruime categorie betreft de transplantatie-ongerelateerde alternatieven. Er kan meteen gedacht worden aan nierdialyse, als alternatief voor niertransplantatie met een levende donor. Weliswaar kan nierdialyse in principe niet worden beschouwd als een alternatief met grotere therapeutische doeltreffendheid, nu de meeste studies met betrekking tot niertransplantatie met een levende donor spreken van betere fysiologische functie en meer mogelijkheden tot sociale, professionele en recreatieve activiteiten dan dialyse.³³⁴⁹ Daarnaast zijn er nog verschillende andere alternatieven denkbaar, zoals bv. conventionele behandelingen³³⁵⁰ of geneesmiddelen.

3. Voorstel tot wijziging van het subsidiariteitscriterium

723. Het subsidiariteitscriterium van artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet is voor kritiek vatbaar, omdat het aanleiding geeft tot interpretatieproblemen en te beperkt is geformuleerd. Om deze kritiek te vermijden, kan gedacht worden aan de schrapping van dit subsidiariteitscriterium en daarmee de terugval op een meer flexibele kosten-batenafweging.³³⁵¹ De subsidiariteitsregel komt uiteindelijk niet in alle Europese landen voor.³³⁵² Daar waar deze regel ontbreekt (bv. Frankrijk³³⁵³ en Engeland), lijkt dit niet meteen tot problemen te leiden, zodat de noodzaak ervan twijfelachtig is.

De volledige weglating van een subsidiariteitscriterium uit de wet zou m.i. echter een te radicale stap zijn. De subsidiariteit van orgaanwegname bij levende donoren is op zichzelf

³³⁴⁷ Memorie van toelichting EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 119.

³³⁴⁸ Zie *supra* Deel I, Hoofdstuk I, Afd. 2, § 4, B.

³³⁴⁹ Memorie van toelichting EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 119; Memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, 22.358, nr. 3, 38; T.S. PURNELL *et al.*, "Comparison of Life Participation Activities Among Adults Treated by Hemodialysis, Peritoneal Dialysis, and Kidney Transplantation: A Systematic Review", *AJKD* 2013, vol. 62, 953-973.

³³⁵⁰ Memorie van toelichting EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 119.

³³⁵¹ Vgl. L. LOPP, Regulations regarding living organ donation in Europe, 2013, 287; H. NYS, o.c. in A. DEN EXTER (ed.), *Human rights and biomedicine*, 2010, (221) 224.

³³⁵² Commission staff working document – Impact Assessment, SEC(2007) 705, <http://eur-lex.europa.eu>, 31 en 34.

³³⁵³ Zie echter: A. CLAEYS en C. HURIET, *Rapport sur l'application de la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994*, 1999, 42, waar wordt beweerd dat in de Franse wetgeving de subsidiariteit voortvloeit uit de zeer strikte voorwaarden voor orgaanwegname bij leven (m.n. het vereiste van een wettelijk bepaalde relatie tussen donor en ontvanger)

immers een correcte parameter bij het maken van de evenredigheidsafweging. Haar explicitering in de wet (al dan niet als bindende voorwaarde) draagt bij tot de concretisering van het ruime onaanvaardbaarheids criterium van artikel 3, § 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet en vergroot zo de rechtszekerheid en bescherming van de levende donor. Het is dus wenselijker om de kritiek op het subsidiariteitscriterium aan te pakken via doelgerichte aanpassingen.

724. Een eerste punt van kritiek is dat het subsidiariteitscriterium tot interpretatieverschillen leidt. Er bestaat meer bepaald discussie over de vraag of orgaanwegneming bij leven mogelijk kan zijn in geval van onbeschikbaarheid van meer therapeutisch doeltreffende alternatieven. Eerder werd resoluut verdedigd dat orgaanwegneming bij leven in dergelijk geval mogelijk moet zijn, voor zover de tijds marge van de onbeschikbaarheid niet te eng wordt ingevuld.³³⁵⁴ Bijgevolg wordt aanbevolen dat de tekst van artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet met deze visie in overeenstemming wordt gebracht. Zo zou bv. bepaald kunnen worden dat orgaanwegneming bij een levende persoon slechts is toegelaten *“indien de transplantatie van een orgaan van een overleden donor geen even of meer bevredigend resultaat voor de ontvanger zou opleveren of indien een orgaan van een overleden donor niet beschikbaar is binnen een redelijke termijn”*.

Een tweede punt van kritiek betreft de te beperkte formulering van het subsidiariteitscriterium uit artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet. Zo richt dit criterium zich enkel tot lijkorganen, terwijl de evenredigheid vereist dat er ook een subsidiariteitstoets ten aanzien van andere alternatieven plaatsvindt.³³⁵⁵ Hoewel het onaanvaardbaarheids criterium uit artikel 3, § 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet deze subsidiariteitstoets reeds impliciet voorschrijft, verdient de rechtszekerheid toch een explicitering ervan in de wet.³³⁵⁶ Aldus kan worden bepaald dat orgaanwegneming bij een levende persoon slechts is toegelaten *“indien er geen even of meer bevredigende alternatieven voor de ontvanger beschikbaar zijn binnen een redelijke termijn”*.

725. Tot slot moet nog aandacht worden besteed aan het toepassingsgebied van het (vernieuwde) subsidiariteitscriterium. Volgens artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet is de subsidiariteitsregel thans enkel van toepassing indien de orgaanwegneming ernstige gevolgen kan hebben voor de donor of indien ze een niet-regenererend orgaan betreft. Hierboven werd de afschaffing van het regeneratiecriterium bepleit, zodat dit ook hier buiten beschouwing blijft. Wat betreft het ernstcriterium werd een verfijning voorgesteld: enkel ernstige gevolgen die zich ‘normalerwijze’ voordoen, vereisen de levensgevaarvoorwaarde. Is nu ook de subsidiariteitsvoorwaarde enkel voor de relevante ernstige gevolgen vereist?

Hierboven werd verdedigd dat de kosten-batenanalyse van orgaanwegneming bij leven haar oorzaak verliest indien gelijke of grotere baten voor de ontvanger kunnen worden bereikt zonder de risico's voor de donor. Zelfs indien de donor slechts wordt blootgesteld aan zeldzame ernstige risico's gaat deze stelling op. Het subsidiariteitscriterium moet dus steeds gelden zolang er risico's voor de donor zijn. Dit kan desnoods zo al wel gelezen worden in het onaanvaardbaarheids criterium van artikel 3, § 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet, maar kan best in de wet geëxpliciteerd worden. Dit kan concreet door het subsidiariteitscriterium van artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet los te koppelen en bv. naar een andere paragraaf te verplaatsen.

³³⁵⁴ Zie *supra* B.1.b. van deze paragraaf.

³³⁵⁵ Zie *supra* B.2. van deze paragraaf.

³³⁵⁶ Cf. het legaliteitsvereiste van art. 8, lid 2 EVRM.

Afdeling 3. Controle van de evenredigheid

726. In het voorgaande werden voorstellen gedaan waarmee een aantal beperkingen op de geoorloofdheid van orgaanwegneming bij leven worden afgebouwd en er ruimte ontstaat voor een meer flexibele evenredigheidsafweging. Logischerwijze moet er dan wel op kunnen worden vertrouwd dat de evenredigheidsbeoordeling op een adequate manier verloopt (*cf. safety by procedure*).³³⁵⁷ Het juridisch belang van de evenredigheid van orgaanwegneming bij leven rechtvaardigt dan ook dat het recht zich inlaat met de wijze waarop de controle van de evenredigheid wordt georganiseerd. In wat volgt zal eerst de basisnorm voor deze organisatie uitgewerkt worden (§ 1). Vervolgens worden de bestaande Belgische controlevormen inzake de evenredigheid aan deze norm getoetst (§ 2).

§ 1. DONOR ADVOCACY ALS NORM

727. Ten aanzien van de controle van de wettelijke toestemmingsvoorwaarden werd eerder in dit werk een beroep gedaan op het concept van *donor advocacy*. Zoals gezegd, gaat het om een vorm van bescherming van de levende donor waarbij zogenaamde donoradvocaten de objectieve en subjectieve belangen van de donor behartigen.³³⁵⁸ De subjectieve bescherming is gericht op het verzekeren van een vrije, geïnformeerde en altruïstische wilsuiting van de donor en werd hierboven al uitvoerig behandeld. Hier zal de objectieve bescherming via *donor advocacy* onderzocht worden.

728. Zoals bij de controle van de toestemming kan de donoradvocatuur aangaande de evenredigheid van de orgaanwegneming gekarakteriseerd worden aan de hand van drie kenmerken: de taakhoud, de bekwaamheid van de donoradvocaten en hun onafhankelijkheid.

Inhoudelijk vereist *donor advocacy* dat er sprake is van zowel een medische als een psychosociale evaluatie.³³⁵⁹ Deze facetten van de potentiële donor zijn immers van belang voor de evenredigheid, wat duidelijk uit de bespreking van het onaanvaardbaarheids- en *ultimum remedium*-criterium is gebleken. De medische evaluatie veronderstelt onder meer labotesten, fysieke onderzoeken en onderzoeken naar de anatomie van de donor.³³⁶⁰ De medische evaluatie bouwt met andere woorden voort op de karakterisering van de donor, die overeenkomstig artikel 3ter Orgaantransplantatiewet vereist is teneinde de risico's voor de ontvanger zo klein mogelijk te maken.³³⁶¹ De psychosociale evaluatie betreft de vaststelling van de geestelijke gezondheidsstatus van de donor of van een eventueel psychiatrisch verleden en psychische risicofactoren (bv. drug- of alcoholmisbruik).³³⁶² Ze omvat ook de beoordeling van de

³³⁵⁷ Vgl. *supra* Hoofdstuk III, Afd. 9 van dit Deel, alsook: J.F. RANG, o.c., *TvGR* 1979, (14) 20-21; H.E.G.M. HERMANS, *Gezondheidsrecht en minderjarigen: de rechtspositie van minderjarigen in de gezondheidszorg*, Deventer, Kluwer, 1990, 116; T.L. PRUETT *et al.*, o.c., *Transplantation* 2006, vol. 81, nr. 10, (1386) 1387.

³³⁵⁸ Zie *supra* Hoofdstuk III, Afd. 9, § 1 van dit Deel.

³³⁵⁹ THE ETHICS COMMITTEE OF THE TRANSPLANTATION SOCIETY, o.c., *Transplantation* 2004, vol. 78, nr. 4, (491) 492; Opinion 2.15 – Transplantation of Organs from Living Donors, AMA Code of Medical Ethics, <http://www.ama-assn.org>. Zie ook: 42 C.F.R. § 482.90(b)(1) (Verenigde Staten); art. 11 Transplantatieprotocol EVRM-Bio; Resolution CM/Res(2008)4 on adult-to-adult living donor liver transplantation, <http://www.coe.int>; Resolution CM/Res(2013)56 on the development and optimisation of live kidney donation programmes, <http://www.coe.int>.

³³⁶⁰ Vgl. A. HUMAR *et al.*, o.c. in R.W.G. GRUENESSNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, 2008, (468) 468-471.

³³⁶¹ Zie uitgebreider *infra* Deel VI, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, A.1.

³³⁶² Vgl. A. HUMAR *et al.*, o.c. in R.W.G. GRUENESSNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, 2008, (468) 468-471.

financiële gevolgen.³³⁶³ Het controleren op een vrije, geïnformeerde toestemming en een altruïstische motivering valt er eveneens onder, maar hiervoor kan naar de bespreking van de toestemmingscontrole in het vorige hoofdstuk worden verwezen.³³⁶⁴

Aangezien de *donor advocacy* verschillende aspecten van het welzijn van de levende donor betreft, moet ze logischerwijze worden waargenomen door een multidisciplinair team.³³⁶⁵ Dit team moet bestaan uit mensen die bekwaam zijn inzake één of meerdere van deze verschillende aspecten en die bekend zijn met transplantatie en orgaandonatie.³³⁶⁶ Ieder relevant beoordelingsaspect moet logischerwijze in het donoradvocatenteam vertegenwoordigd zijn.

Ten slotte moet dit donoradvocatenteam, net zoals bij de controle van de toestemming van de donor, onafhankelijk staan ten opzichte van de ontvanger en het medisch team dat diens zorg op zich neemt.³³⁶⁷ Een coördinator, die deel uitmaakt van het donoradvocatenteam, maar slechts instaat voor de praktische organisatie van de onderzoeken e.d., zou wel ook de praktische organisatie voor de ontvanger op zich kunnen nemen.³³⁶⁸ Aangezien de donor- en ontvangerprocedures organisatorisch van elkaar afhankelijk zijn, kan het samenbrengen van deze taken in één persoon tot een overzichtelijkere, efficiëntere organisatie leiden.

§ 2. CONTROLEVORMEN

729. Naar Belgisch recht werden met name vijf verschillende controlevormen voor de evenredigheid van de orgaanwegname bij leven voorzien: de controle door de wegnemende arts (*infra* A), de controle door de arts die de leiding heeft over het transplantatiecoördinatieteam (*infra* B), de controle door een pluri- of multidisciplinair overleg (*infra* C) en in de zijlijn de optionele controle door het lokaal ethisch comité en de controle *a posteriori* door de rechter (*infra* D)

A. Controle door de wegnemende arts

730. Overeenkomstig artikel 9, lid 1 Orgaantransplantatiewet moet de arts die zich voorneemt de orgaanwegname te verrichten, zich ervan vergewissen dat aan de voorwaarden van artikel 6 Orgaantransplantatiewet is voldaan. Uit de eerdere bespreking van het *ultimum remedium*-criterium volgt dat deze controle grotendeels geen probleem is voor een arts die enige kennis heeft van orgaandonatie en -transplantatie. De wegnemende arts heeft bijgevolg een aanzienlijke bekwaamheid om op te treden als donoradvocaat wat dit aspect betreft.

Ook wat betreft de onafhankelijkheid rijst er geen onmiddellijk probleem. De arts zal immers niet de behandelende arts van de ontvanger mogen zijn.³³⁶⁹ Voor de controle van de voorwaarden van artikel 6 Orgaantransplantatiewet zal weliswaar een beoordeling van de gezondheidstoestand van de ontvanger vereist zijn (*cf.* het levensgevaarcriterium), maar niets belet dat hij de gezondheidsinformatie over de ontvanger verkrijgt via de

³³⁶³ M. ABECASSIS *et al.*, *o.c.*, *JAMA* 2000, vol. 284, (2919) 2922; GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 93; R. MUNSON, *o.c.* in B. STEINBOCK (ed.), *The Oxford handbook of bioethics*, 2007, (211) 236.

³³⁶⁴ Zie *supra* Hoofdstuk III, Afd. 9 van dit Deel.

³³⁶⁵ Zie: M. ABECASSIS *et al.*, *o.c.*, *JAMA* 2000, vol. 284, (2919) 2921.

³³⁶⁶ Vgl. *supra* Hoofdstuk III, Afd. 9, § 1, B van dit Deel.

³³⁶⁷ GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 108; Appendix, iii bij Recommendation R(97) 16 of the Committee of Ministers to member states on liver transplantation from living related donors, <http://www.coe.int>.

³³⁶⁸ Vgl. A. HUMAR *et al.*, *o.c.* in R.W.G. GRUESSNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, 2008, (468) 471.

³³⁶⁹ Art. 7 KB Transplantatiecentra; H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 2005, 517. Zie ook al *supra* Deel III, Hoofdstuk II, Afd. 1, § 2, B.

transplantatiecoördinator, dan wel de arts van de ontvanger zonder zelf de zorg van de ontvanger op zich te nemen.³³⁷⁰

731. De controleplicht uit artikel 9, lid 1 Orgaantransplantatiewet is echter te beperkt om de evenredigheid adequaat te controleren en tot een toereikende *donor advocacy* te leiden. In zijn huidige vorm vereist artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet immers geen diepgaande medische of psychosociale evaluatie. Dergelijke evaluatie is wel vereist op basis van artikel 3, § 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet, maar deze bepaling valt niet onder de controleplicht uit artikel 9, lid 1 Orgaantransplantatiewet. Nochtans horen artikel 3, § 1, lid 2 en artikel 6, § 1 Orgaantransplantatiewet inhoudelijk samen. Beiden zijn bepalend voor de strafrechtelijke immuniteit van de wegnemende arts. Het lijkt erop dat de wetgever artikel 9, lid 1 Orgaantransplantatiewet bij het wijzigen van deze wet uit het oog heeft verloren, waardoor deze bepaling nu slecht is afgestemd op de huidige evaluatie- en selectieprocedure voor levende donoren.

B. Controle door de arts die de leiding heeft over het transplantatiecoördinatieteam

732. De evaluatie van de donor dient om over te kunnen gaan tot de selectie van de donor. De levende donor mag overeenkomstig artikel 3, § 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet niet geselecteerd worden indien de wegneming een onaanvaardbaar gezondheidsrisico inhoudt. De eerdere bespreking van dit onaanvaardbaarheids criterium³³⁷¹ heeft uitgewezen dat de medische en psychosociale gevolgen hierbij een belangrijke rol spelen. Logischerwijze moet de evaluatie van de potentiële levende donor dan ook zowel op medisch als psychosociaal vlak op uitgebreide wijze gebeuren. Deze evaluatie en selectie moet worden uitgevoerd door de arts die de leiding heeft over het transplantatiecoördinatieteam, zo stelt artikel 9, lid 2 KB Transplantatiecentra. Dergelijke ruime taakinhoud strookt met de gedachte van *donor advocacy*.

Zoals bij de wegnemende arts lijkt de onafhankelijkheid ook hier geen probleem te zijn. De leidende arts van het transplantatiecoördinatieteam heeft overeenkomstig het KB Transplantatiecentra slechts een praktische, coördinerende rol ten aanzien van de ontvanger. Zoals al gesteld, brengt dit de onafhankelijkheid niet in het gedrang, maar kan dit veeleer bijdragen tot een efficiënter verloop van het gehele proces. Het KB Transplantatiecentra belet trouwens niet dat de arts die de leiding heeft over het transplantatiecoördinatieteam, de wegnemende arts is.

733. Niettemin kan de leidende arts van het transplantatiecoördinatieteam de taak van donoradvocaat niet alleen vervullen. De medische en psychosociale aspecten zijn te verscheiden opdat ze allemaal binnen bekwaamheid van één arts, de leidende arts van het transplantatiecoördinatieteam, zouden vallen. Niettemin bepaalt artikel 9, lid 2 KB Transplantatiecentra duidelijk dat de evaluatie *door* deze arts moet worden uitgevoerd. Deze zal misschien wel de nodige medische bekwaamheid bezitten, maar wellicht niet de vereiste psychosociale bekwaamheid. Het ware beter daarom geweest om te bepalen dat de evaluatie

³³⁷⁰ Zie ook: *Montalto v. Stoff*, 2007 WL 3013204 (Mass.Super.) over de aansprakelijkheid van de arts die zowel de ontvanger, als de donor evalueerde en de donor foutief aanraade om een orgaan af te staan voor een transplantatie die in feite onnodig was.

³³⁷¹ *Supra* Afd. 1 van dit Hoofdstuk.

onder de verantwoordelijkheid van de leidende arts van het transplantatiecoördinatieteam moet gebeuren.

C. Controle door multidisciplinair overleg

734. Voor gezondheidszorgverstrekkingen bepaalt artikel 4 *in fine* Wet Patiëntenrechten dat de beroepsbeoefenaar in het belang van de patiënt *desgevallend* multidisciplinair overleg pleegt. Voor orgaanwegneming bij levenden met het oog op transplantatie is sinds de wet van 25 februari 2007³³⁷² het plegen van een voorafgaand multidisciplinair overleg overeenkomstig artikel 8bis Orgaantransplantatiewet steeds *verplicht*.³³⁷³ De bedoeling van de wetgever is dat de deelnemers aan het overleg zich uitspreken over de naleving van de wettelijke voorwaarden waaraan voldaan moet zijn opdat orgaanwegneming bij een levende donor geoorloofd is.³³⁷⁴ Naast het verifiëren van de toestemming van de donor moet via het overleg dus ook uitgemaakt kunnen worden of de medische toestand van de kandidaat donor een orgaanwegneming mogelijk maakt in optimale en veilige omstandigheden.³³⁷⁵ Het overleg beoogt te waarborgen dat de beslissing tot orgaanwegneming in alle sereniteit plaatsvindt, wat bij moet dragen tot een goede donorselectie.³³⁷⁶ Hoewel de wetgever hierbij niet uitdrukkelijk sprak over de psychosociale toestand van de donor, moet op basis van de ruime wettekst en beschermingsoogmerk achter deze tekst toch worden aangenomen dat het multidisciplinair overleg zich ook moet uitstrekken tot de psychosociale aspecten.³³⁷⁷ Bijgevolg is de taakinhoud van het overleg voldoende ruim in het licht van *donor advocacy*.

735. De samenstelling van de deelnemers aan het overleg werd al deels bij de controle van de toestemmingsvoorwaarden besproken. Zoals gezegd regelt de Belgische Orgaantransplantatiewet de precieze samenstelling van het overleg niet, zodat transplantatiecentra wat dit betreft vrij zijn, zolang de vereiste expertise maar betrokken wordt. Volgens de wetgever zou minstens de aanwezigheid van een psycholoog, een gespecialiseerde arts en een zelfstandige arts vereist zijn.³³⁷⁸

De betrokkenheid van een *psycholoog* (of psychiater) is van belang om naast de toestemmingsgerelateerde aspecten ook de psychosociale gevolgen van de wegneming voor de donor te beoordelen.³³⁷⁹ Aangezien het bestaan van morele steun vanwege de naasten van de donor in dit opzicht van belang is, kan (een deel van) de psychosociale evaluatie aldus in aanwezigheid van een familielid plaatsvinden.³³⁸⁰ Voor de evaluatie van bepaalde sociale aspecten en met name voor de financiële gevolgen kan een sociaal assistent een geschiktere

³³⁷² BS 13 april 2007.

³³⁷³ Vergelijkbaar met het Franse *comité d'experts*: art. L1231-1, al. 2, 4 en 5, art. L1231-3, art. R1231-1, al. 3 en art. R1231-5 Code de la santé publique.

³³⁷⁴ Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2011-12, nr. 53-2158/1, 29.

³³⁷⁵ Verslag DETIÈGE, *Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 51-2680/5, 12.

³³⁷⁶ Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2005-06, nr. 51-2680/1, 6; Vraag nr. 3-2111 P. VANKRUNKELSVEN, *Hand. Senaat* 2006-07, 57.

³³⁷⁷ Zie ook: Recommendation 1, Working Group 1, Recommendations for the legislation and procedures for living donation, www.eulivingdonor.eu.

³³⁷⁸ Verslag DETIÈGE, *Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 51-2680/5, 12; Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2011-12, nr. 53-2158/1, 29.

³³⁷⁹ Verslag DETIÈGE, *Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 51-2680/5, 15. Zie ook: Voorstel 2 (living donors) Verklaring van Istanbul (2008); OPTN Policy 14.5, www.optn.transplant.hrsa.gov; Rapport van de Académie nationale de Médecine, "Le recours aux donneurs vivants en transplantation d'organes" (2009), www.academie-medecine.fr.

³³⁸⁰ N. DUERINCKX *et al.*, *o.c.*, *Transpl. Int.* 2014, vol. 27, (2) 15. Schijnbaar *contra*: GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 110, waar de aanwezigheid van een psycholoog of psychiater slechts in bijzondere gevallen nodig wordt geacht.

keuze zijn.³³⁸¹ Hoe dan ook moet ieder transplantatiecentrum kunnen beschikken over zowel een psycholoog als een sociaal assistent.³³⁸²

De aanwezigheid van een *arts gespecialiseerd in de transplantatiegeneeskunde* is vanzelfsprekend van belang voor de beoordeling van de fysiologische, medisch-technische aspecten.³³⁸³ Voor bepaalde medische onderzoeken lijkt evenwel een onderzoek door een algemeen internist (bv. nefroloog) te volstaan.³³⁸⁴ Voor een volledige evaluatie kunnen nog voorafgaande consultaties met verschillende andere artsen, zoals bv. een anesthesist of de gynaecoloog, nodig zijn.³³⁸⁵

Bij ‘zelfstandige’ arts moet meer bepaald aan de *huisarts van de donor* worden gedacht. Deze zou aangepaste inlichtingen kunnen verschaffen op basis van de anamnese.³³⁸⁶ De huisarts zou meer bepaald kunnen helpen bij het invullen van een algemene medische vragenlijst, die men n.a.v. de voorbereidende onderzoeken moet invullen.³³⁸⁷ Er kan eveneens gedacht worden aan de psycholoog van de donor.³³⁸⁸

736. Ook de onafhankelijkheid van het overleg wordt krachtens artikel 8bis, lid 1 en 2 Orgaantransplantatiewet gewaarborgd, zoals al werd uiteengezet bij de controle van de toestemming.³³⁸⁹ Samen met de ruime taakinhoud, alsook de mogelijkheid om de vereiste bekwaamheid in het multidisciplinair overleg te verenigen, kan worden gesteld dat overleg zeer goed kan functioneren als donoradvocatenteam. Zoals ook al werd besproken naar aanleiding van de toestemmingscontrole, belet het feit dat de orgaanwegneming wettelijk niet is onderworpen aan een positief advies vanwege de deelnemers aan het overleg, geenszins dat het overleg voldoende gewicht in de schaal legt.³³⁹⁰

Het betrokken transplantatiecentrum moet de controle van de donor als onderdeel van haar kwaliteitshandboek nader uitwerken via een werkprocedure.³³⁹¹ Hierbij kan in het belang van de donor worden aangeraden om de meest invasieve onderzoeken tot het laatste te houden, zodat de donor niet onnodig belast wordt, mocht die tijdens het proces afhaken.³³⁹² Krachtens artikel 8bis, lid 3 Orgaantransplantatiewet kan de Koning ook zelf de nadere toepassingsregels van het multidisciplinair overleg bepalen, wat nog niet is gebeurd. Zoals ten aanzien van de toestemmingscontrole moet ook hier voldoende vrijheid worden gelaten aan de praktijk om de beste, meest efficiënte procedure te volgen.³³⁹³ Met name over de psychosociale evaluatie blijkt er in de praktijk nog geen consensus over verschillende van haar aspecten (Hoe? Door wie? Waar? Wanneer?) te bestaan,³³⁹⁴ zodat een regelgevend ingrijpen nog te voorbarig lijkt.

³³⁸¹ Vgl. I. COLSON, o.c., *Orpadt forum* 2007, jaargang 7, nr 2, (27) 30; V. BOECXSTAENS et al., o.c., *T. Gen.* 2010, vol. 66, (167) 168; N. DUERINCKX et al., o.c., *Transpl. Int.* 2014, vol. 27, (2) 14, waar werd vastgesteld dat hiervoor soms ook een sociaal assistent wordt ingeschakeld.

³³⁸² Art. 10/1 KB Transplantatiecentra.

³³⁸³ Verslag DETIÈGE, *Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 51-2680/5, 15.

³³⁸⁴ Vgl. V. BOECXSTAENS et al., o.c., *T. Gen.* 2010, vol. 66, (167) 168; R. REDING, o.c., *Am. J. Transpl.* 2005, vol. 5, (1587) 1588.

³³⁸⁵ Brochure UZ Leuven, “Kandidaat levende donor van een nier”, www.uzleuven.be, 16 en 20.

³³⁸⁶ Verslag DETIÈGE, *Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 51-2680/5, 15.

³³⁸⁷ Brochure UZ Leuven, “Kandidaat levende donor van een nier”, www.uzleuven.be, 9.

³³⁸⁸ M. ABECASSIS et al., o.c., *JAMA* 2000, vol. 284, (2919) 2923.

³³⁸⁹ Zie *supra* Hoofdstuk III, Afd. 9, § 2, B.3. van dit Deel.

³³⁹⁰ Zie *supra* Hoofdstuk III, Afd. 9, § 2, B van dit Deel.

³³⁹¹ Art. 10/3, lid 2, 3° KB Transplantatiecentra.

³³⁹² GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 92 en 190.

³³⁹³ Zie *supra* Hoofdstuk III, Afd. 9, § 2, B.4. van dit Deel.

³³⁹⁴ N. DUERINCKX et al., o.c., *Transpl. Int.* 2014, vol. 27, (2) 15-16.

D. Overige controles

737. Hoewel de controle via het multidisciplinair overleg al een sterke waarborg voor de evenredigheidsbeoordeling van een orgaanwegname biedt, sluit dit niet uit dat het lokale *ethische comité* van het universitaire ziekenhuis in kwestie een bijkomend onafhankelijke en multidisciplinaire toetsing uitvoert. Zoals al gezegd met betrekking tot de controle van de toestemming, kan dit vooral nuttig zijn in moeilijke, unieke situaties.³³⁹⁵

738. *A posteriori* kan de evenredigheid ook getoetst worden door de *rechter*. Hiervoor is het van belang dat de medische en schriftelijke evaluatie een schriftelijke neerslag heeft. In principe zal deze informatie grotendeels moeten bijgehouden worden in het patiëntendossier.³³⁹⁶

Telkens *a priori* een evenredigheidscontrole door de rechtbank laten uitvoeren is daarentegen niet nodig en zelfs onwenselijk. Het voornaamste argument hiervoor is dat een rechter in principe niet uit zichzelf over de vereiste medische en psychosociale kennis beschikt om dergelijke beoordeling te maken.³³⁹⁷ Er zou dus een beroep op deskundigen moeten worden gedaan, wat onnodig veel tijd en geld zou kosten.

Afdeling 4. Voorstel tot een grotere therapeutische vrijheid

739. Op basis van het voorgaande kan worden geconcludeerd dat de Orgaantransplantatiewet voor orgaanwegname bij levenden een *duale* evenredigheidsnorm hanteert.

Eenerzijds bestaat deze *duale* norm uit het algemene en flexibele onaanvaardbaarheids criterium (art. 3, § 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet), dat als een *catch all*-bepaling fungeert. Weliswaar moest worden vastgesteld dat het zogenaamde criterium van ‘onaanvaardbaarheid’ nog te beperkend is geformuleerd. Er werd dan ook voorgesteld om dit criterium te vervangen door een criterium van ‘evenredigheid van de lichamelijke en psychosociale gevolgen’.³³⁹⁸

Anderzijds bestaat de *duale* norm uit het preciezere en veeleer strikte *ultimum remedium*-criterium (art. 6, § 1 Orgaantransplantatiewet), dat reeds van 1986 dateert en thans als een concretisering van het onaanvaardbaarheids-/evenredigheids criterium fungeert. Deze dualiteit verdient in principe bijval. Ze biedt de arts immers een grotere rechtszekerheid, wat uiteindelijk de hele bedoeling van de wetgever in 1986 was en wat ook vandaag zowel ten aanzien van de artsen, als ten aanzien van de levende donoren³³⁹⁹ aanmoedigend kan werken. Weliswaar moest worden vastgesteld dat het huidige *ultimum remedium*-criterium niet steeds in overeenstemming is met de huidige medisch-wetenschappelijke verworvenheden en de noden van de praktijk, vooral in het geval van nierwegname. Er werd daarom voorgesteld om dit criterium te versoepelen door minstens het regeneratiecriterium af te schaffen, door het

³³⁹⁵ Zie *supra* Hoofdstuk III, Afd. 9, § 2, C van dit Deel.

³³⁹⁶ In de Verenigde Staten is het vereiste van schriftelijke documentatie over de geschiktheid van de levende donor in de wet opgenomen (42 C.F.R. § 482.90(b)(2)).

³³⁹⁷ Zie *supra* Hoofdstuk III, Afd. 9, § 2, D van dit Deel. Vgl. ook: *Parham v. J.R.* [1979] 442 U.S. 584 (1979) (beslissing tot opname van een kind in een psychiatrisch ziekenhuis); C. CHEYETTE, “Organ harvests from the legally incompetent: an argument against compelled altruism”, *B.C. L. Rev.* 1999-00, (465) 504; S.L. NYGREN, “Organ donation by incompetent patients: a hybrid approach”, *U. Chi. Legal F.* 2006, (471) 499.

³³⁹⁸ Zie *supra* Afd. 1, § 4 van dit Hoofdstuk.

³³⁹⁹ Vgl. A.-C. SQUIFFLET, “L’action de l’Union européenne en matière de prélèvement et de transplantation d’organes: commentaires à propos du plan d’action 2009-2015 et de la directive du 7 juillet 2010”, *T. Gez.* 2010-11, (382) 390.

levensgevaarvereiste slechts te stellen indien de wegneming normalerwijze ernstige gevolgen zal meebrengen en door het subsidiariteitscriterium *in concreto* in te vullen.³⁴⁰⁰

Samengevat leiden deze voorstellen tot een grotere therapeutische vrijheid bij de beoordeling van de evenredigheid van een orgaanwegneming bij leven. Hierdoor ontstaat er meer ruimte om levende donoren in te schakelen in de strijd tegen het orgaantekort, wat tegemoet komt aan één van de hoofddoelstellingen van het orgaantransplantatiebeleid.³⁴⁰¹

740. Er kan m.i. zelfs nog een stapje verder worden gegaan in de richting van een verruiming van de therapeutisch vrijheid van de arts zonder de rechtszekerheid aanzienlijk aan te tasten. Enerzijds kan het namelijk niet worden ontkend dat het zogenaamde *ultimum remedium*-criterium zelfs na de voorgestelde aanpassingen niet in alle mogelijke situaties een pasklare evenredige oplossing zal bieden en dus sowieso geen absolute zekerheid oplevert. Anderzijds bestaat echter het gevaar dat artsen zich te veel of zelfs uitsluitend toespitsen op het concretere *ultimum remedium*-criterium, wat een verschraling van de evenredigheidsnorm zou betekenen. Daarom is het m.i. verantwoord om meer de nadruk te leggen op de algemene evenredigheidsnorm en de *ultimum remedium*-criteria als louter exemplatieve parameters in de wet te formuleren. Juridisch-technisch moet het aangepaste artikel 3, § 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet dan logischerwijze wel zeker worden overgeheveld naar artikel 6, opdat de samenhang tussen beide normen duidelijk is.

Als tegengewicht voor deze verruiming van de therapeutische vrijheid van de arts kan vertrouwd worden op de bestaande procedurele waarborgen voor een zorgvuldige evenredigheidsbeoordeling (*safety by procedure*), waarbij vooral het multidisciplinair overleg overeenkomstig het concept van *donor advocacy* een belangrijke rol toekomt.³⁴⁰² Hierdoor zal de voorgestelde verruiming van de professionele vrijheid uiteindelijk niet tot een aanzienlijk lagere bescherming van de levende donor leiden. Deze grotere therapeutischvrijheid zal voor de donor veeleer gepaard gaan met een grotere autonomiemarge, wat aansluit bij het eerdere voorstel tot een evenwichtigere autonomiebescherming.³⁴⁰³ Gelet op de evolutie van de medisch-wetenschappelijke kennis sinds 1986 en het aanhoudende orgaantekort moet worden erkend dat de praktijk van levende donoren niet langer de restrictieve juridische benadering van vandaag vereist.

³⁴⁰⁰ Zie *supra* Afd. 2, § 2, A.5. en B.3., alsook § 3, A.4. en B.3. van dit Hoofdstuk.

³⁴⁰¹ Cf. Deel II, Hoofdstuk I, Afd. 1, § 1.

³⁴⁰² Zie *supra* Afd. 3 van dit Hoofdstuk.

³⁴⁰³ Cf. *supra* Hoofdstuk III, Afd. 10 van dit Deel.

Hoofdstuk V. Minderjarige en geestesgestoorde donoren

741. Toestemming en evenredigheid zijn basisvereisten voor de juridische geoorloofdheid van orgaanwegname bij leven. Deze vereisten leiden echter tot grote controverse wanneer ze minderjarige of geestesgestoorde orgaandonoren betreffen. Het verbaast dus niet dat er in de Belgische praktijk weinig interesse t.a.v. van dergelijke donoren blijkt te bestaan.³⁴⁰⁴ Omdat het medisch gezien niettemin goed mogelijk is om door transplantatie van de organen van minderjarige of geestesgestoorde levens te redden of te verbeteren, verdient deze donorproblematiek toch de nodige aandacht. Zelfs al gaat het slechts om een handvol levens, dan nog is het de moeite waard om een juridisch antwoord klaar te hebben op de complexe vragen die orgaanwegname bij levende minderjarige of geestesgestoorde donoren doet rijzen.³⁴⁰⁵

Hieronder wordt de groep van minderjarige en/of geestesgestoorde donoren opgedeeld zoals dit in de Orgaantransplantatiewet wordt gedaan. Dit betekent een driedelig onderscheid tussen wilsbekwame minderjarige donoren (afd. 1), wilsonbekwame minderjarige donoren (afd. 2) en wilsonbekwame meerderjarige donoren (afd. 3).³⁴⁰⁶ Niettegenstaande sommige overlappende aspecten, zullen voor ieder van deze categorieën de geoorloofdheden voorwaarden onderzocht worden.

Afdeling 1. Wilsbekwame minderjarige donoren

742. Krachtens artikel 5, lid 1 Orgaantransplantatiewet is orgaanwegname bij leven pas mogelijk indien de donor de leeftijd van 18 jaar heeft bereikt. Deze leeftijd loopt gelijk met de burgerrechtelijke meerderjarigheidsgrens (art. 388 BW en art. 100ter Sw.).³⁴⁰⁷ Levende minderjarigen mogen in principe dus geen organen laten wegnemen voor transplantatiedoeleinden.³⁴⁰⁸ De wetgever treedt zo zeer beschermend op t.a.v. minderjarige donoren.

Artikel 7 Orgaantransplantatiewet laat evenwel een uitzondering op dit principe toe indien enkele cumulatieve voorwaarden vervuld zijn. Een minderjarige kan namelijk een levende donor zijn wanneer hij de leeftijd van 12 jaar heeft bereikt, in staat is zijn wil te uiten en vooraf heeft toegestemd (art. 7, § 2). Bovendien mag de wegneming normalerwijze geen ernstige gevolgen hebben voor de donor, mag ze enkel betrekking hebben op regenererende organen en moet ze bestemd zijn voor transplantatie bij een broer of een zus (art. 7, § 1). Orgaanwegname bij een minderjarige buiten deze voorwaarden is strafbaar met een

³⁴⁰⁴ Wilsonbekwame donoren werden tot dusver zo goed als niet ingeschakeld voor transplantatie: Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 2010-2011, nr. 5-1024/1, 3; Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek betreffende bepaalde ethische aspecten van de wijzigingen door de wet van 25 februari 2007 aangebracht aan de wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, www.health.belgium.be, 61. Over minderjarigen werd geen rapportering gevonden.

³⁴⁰⁵ Zie ook: J.F. RANG, "Gezondheidsrechtelijke aspecten van familiedonatie bij niertransplantatie", *TvGR* 1979, (14) 16, die juist omwille van het uitzonderlijke karakter op deze problematiek meent te moeten ingaan.

³⁴⁰⁶ Zie al over het verschil tussen wilsonbekwaamheid en handelingsonbekwaamheid *supra* Hoofdstuk III, Afd. 2, § 2, A van dit Deel.

³⁴⁰⁷ Toen deze leeftijdsgrens in 1986 via art. 5 Orgaantransplantatiewet werd ingevoerd, was de wettelijke meerderjarigheidsgrens nog 21 jaar. Er werd dus vooruitgelopen op de verlaging van de burgerlijke meerderjarigheid tot 18 jaar (Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 1984-1985, nr. 832-1, 7), die toen reeds in aantocht was (zie nu: wet van 19 januari 1990 tot verlaging van de leeftijd van burgerlijke meerderjarigheid tot achttien jaar, *BS* 30 januari 1990).

³⁴⁰⁸ Dit principe geldt ook voor de ontvoogde minderjarigen - door het huwelijk (art. 476 BW) of vanaf de volle leeftijd van 15 jaar door tussenkomst van de familierechtbank (art. 477 BW) - ook al worden zij voor persoonsrechtelijke aangelegenheden absoluut, volledig en algemeen handelingsbekwaam geacht (zie o.a.: F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 182). De Orgaantransplantatiewet hanteert immers de leeftijd, niet de handelingsbekwaamheid als criterium en heeft als *lex specialis* voorrang op de algemene ontvoogdingsregels uit het BW.

gevangenisstraf van drie maanden tot een jaar en/of geldboete van 1.000 tot 10.000 euro.³⁴⁰⁹ De wetgever wenste zo streng mogelijk te zijn ten aanzien van orgaanwegneming bij minderjarigen, vanwege de mogelijk ernstige gevolgen.³⁴¹⁰

Hieronder wordt onderzocht of de voorwaarden van artikel 7 niet té restrictief zijn. Zoals bij de wilsbekwame meerderjarige donoren wordt hierbij een opdeling gemaakt tussen de toestemmingsvoorwaarde (§ 1) en de evenredigheidsvoorwaarde (§ 2). Bij wijze van synthese zal ten slotte een voorstel tot toelating van orgaanwegneming bij wilsbekwame minderjarigen onder minder strikte voorwaarden geformuleerd worden (§ 3).

§ 1. TOESTEMMING

743. Overeenkomstig artikel 7, § 2 Orgaantransplantatiewet is orgaanwegneming bij een levende minderjarige slechts mogelijk indien deze hierin voorafgaand heeft toegestemd. Deze voorwaarde is de bevestiging van het recht op fysieke integriteit (incl. het zelfbepalingsrecht) van de minderjarige, waarvan het bestaan op zich buiten kijf staat.³⁴¹¹

De toestemming moet voldoen aan de voorwaarden van artikelen 8 t.e.m. 9 Orgaantransplantatiewet. De kenmerken van de toestemming zijn dus in principe dezelfde als voor wilsbekwame meerderjarige donoren.³⁴¹² Toch spelen er enkele specifieke overwegingen bij het wilsbekwaam karakter (*infra* A), het vrije karakter (*infra* B) en het persoonlijke karakter van de toestemming (*infra* C).

A. Wilsbekwaam karakter

1. Wilsbekwaamheid tegenover minderjarigheid

744. Het statuut van (niet-ontvoogde) minderjarigheid impliceert in principe de algemene, absolute en volledige handelingsonbekwaamheid van de persoon die de leeftijd van 18 jaar nog niet heeft bereikt (art. 388 en 1124 BW).³⁴¹³ Het betreft een beschermingsstatuut: onder de 18 jaar worden personen wegens onvolwassenheid nog niet in staat geacht om zelf en zelfstandig hun (rechts)belangen te behartigen en wordt deze mogelijkheid hen dus ontnomen om gevaarlijke beslissingen te voorkomen.³⁴¹⁴ Het beperkte begrip en redeneervermogen rechtvaardigt een beperking van de autonomie van de minderjarige. Bijgevolg zou het beperken van orgaanwegneming bij leven wegens minderjarigheid vanzelfsprekend zijn indien de

³⁴⁰⁹ Art. 17, § 3, lid 1 Orgaantransplantatiewet.

³⁴¹⁰ Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220-9, 28. Zie ook: Juridische nota, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220/9, 53, waar werd gepleit voor een “uitgesproken voorbehoud” in navolging van: J. MATTHIJS, “Bedenkingen ten behoeve van een transplantatiewet”, *RW* 1971-72, (161) 175.

³⁴¹¹ I. BOONE, “Het wegnemen en transplanteren van organen volgens het Belgische recht”, *TPR* 1996, (91) 112; E. GULDIX, *De persoonlijkheidsrechten, de persoonlijke levenssfeer en het priveleven in hun onderling verband*, proefschrift, VUB, 1986, nr. 717; T. VANSWEEVELT, “Persoonlijkheidsrechten van minderjarigen en grenzen van het ouderlijk gezag: de toestemming van de minderjarige in een medische behandeling”, *RW* 1987-88, (897) 900; art. 22bis GW; art. 8 EVRM; art. 6, 16, 19 en 37, a) VN Verdrag van 20 november 1989 inzake de rechten van het kind, *BS* 17 januari 1992 (verkort: Kinderrechtenverdrag); art. 3, lid 1 en 24, lid 1 HGEU; art. 7 VN Verdrag van 13 december 2006 inzake de rechten van personen met een handicap, *BS* 22 juli 2009 (verkort: Gehandicaptenverdrag).

³⁴¹² Zie *supra* Hoofdstuk III van dit Deel.

³⁴¹³ Dit moet meteen worden genuanceerd. Uit art. 1125, lid 1 BW volgt immers dat slechts in de bij wet bepaalde gevallen tegen de rechtshandelingen van minderjarigen kan worden opgetreden. In het algemeen wordt aanvaard dat de minderjarige zelfstandig daden van bewaring kan stellen en dat daden van beheer slechts (relatief) nietig zijn in geval van benadeling (art. 1035 BW). Zie: T. VANSWEEVELT, *o.c.*, *RW* 1987-88, (897) 897-899; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 2010 (1^{ste} ed.), 160; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2011, 439 e.v.

³⁴¹⁴ Vgl. F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 2010 (1^{ste} ed.), 158; B. SINDIC, “De la capacité du mineur en matière de prélèvement et de transplantation d’organes”, *Ann. Dr. Louvain* 2002, (225) 226.

minderjarigheid daadwerkelijk zou gebaseerd zijn op dergelijke feitelijke wilsonbekwaamheid. Dit is echter niet het geval. Zoals gezegd, is de minderjarigheid gebaseerd op de leeftijd. Enerzijds kan inderdaad niet worden ontkend dat de geestelijke ontwikkeling normalerwijze evenredig is aan de groei van de minderjarige doorheen de tijd. Anderzijds spelen er echter ook verschillende andere factoren dan de leeftijd hierbij een rol, zoals opleiding, intelligentie, voorgaande (levens- of ziekte-)ervaringen en het belang van de betreffende handeling.³⁴¹⁵ Het is te onrealistisch om te doen alsof een persoon pas op zijn achttiende verjaardag plots wilsbekwaam wordt.³⁴¹⁶

In medische aangelegenheden staat de fysieke integriteit centraal. De bekwaamheidsregels van het Burgerlijk Wetboek zijn veeleer op vermogensrechtelijke aangelegenheden gericht en hebben niet dezelfde waarde wanneer lichaam en leven in het gedrang komen, zoals R. Dierkens al terecht aangaf. In plaats van de minderjarigheid zou dus veeleer de ‘natuurlijke bekwaamheid’ of reële wilsbekwaamheid doorslaggevend moeten zijn.³⁴¹⁷ Deze stelling werd uitdrukkelijk aanvaard door de Belgische wetgever in artikel 12, § 2 Wet Patiëntenrechten.³⁴¹⁸ Dezelfde redenering gaat op voor orgaanwegname bij leven.³⁴¹⁹ Nu onderzoek naar de cognitieve ontwikkeling uitwijst dat een persoon al rond 13 à 14 jaar wilsbekwaam kan zijn,³⁴²⁰ kan niet worden uitgesloten dat een minderjarige al voldoende bekwaam kan zijn om over orgaanwegname bij leven te oordelen.³⁴²¹ Artikel 7, § 2 Orgaantransplantatiewet komt hieraan tegemoet door niettegenstaande het statuut van minderjarigheid de toestemming van de minderjarige tot orgaanwegname te koppelen aan zijn feitelijke bekwaamheid om zijn wil te uiten.³⁴²² Een regeling zoals in Frankrijk, waar

³⁴¹⁵ Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 38; K. BONK, “Minors as living organ donors: protecting minors from martyrdom”, *Child. Legal Rts. J.* 2008, (45) 46; sec. 4 (1)(a) Mental Capacity Act 2005 (Engeland).

³⁴¹⁶ C. LEMMENS, “De handelings- en wilsonbekwamen” in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (817) 823; M.E. OLBRISCH *et al.*, “Children as living organ donors: current views and practice in the United States”, *Current Opinion in Organ Transplantation* 2010, (241) 243; D. PRICE en H. AKVELD, “Living Donor Organ Transplantation in Europe: Re-evaluating its Role”, *EJHL* 1998, vol. 5, (19) 36.

³⁴¹⁷ R. DIERKENS, *Lichaam en lijk. Raakpunten van recht en geneeskunde*, Brugge, die Keure, 1962, 39. Zie ook: X. DIJON, *Le sujet de droit en son corps*, Namen, Société d’études morales, sociales et juridiques, 1982, 457-458; E. GULDIX, *De persoonlijksrechten, de persoonlijke levenssfeer en het privéleven in hun onderling verband*, 1986, nrs. 733, 738 en 744; J.F. RANG, *o.c.*, *TvGR* 1979, (14) 22-23; T. VANSWEEVELT, *o.c.*, *RW* 1987-88, (897) 901-902; Y.-H. LELEU en G. GENICOT, “La maîtrise de son corps par la personne”, *JT* 1999, (589) 592; Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 37-38.

³⁴¹⁸ Deze bepaling luidt: “(...) De in deze wet opgesomde rechten kunnen door de minderjarige patiënt die tot een redelijke beoordeling van zijn belangen in staat kan worden geacht, zelfstandig worden uitgeoefend”. Zie ook: art. 12 Kinderrechtenverdrag.

³⁴¹⁹ Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 11 april 1987 betreffende orgaantransplantatie, www.ordomedic.be; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, 340-341 en 345; F. DREIFUSS-NETTER, “Les donneurs vivants, ou la protection des personnes en situation de vulnérabilité”, *D.* 2005, (1808) 1812; M. CAMPBELL *et al.*, “How Young Is Too Young to Be a Living Donor?”, *Am. J. Transpl.* 2013, (1643) 1646. Vgl. ook: B. SLUYTERS, “Juridische aspecten” in J.M. GREEP (ed.), *Orgaantransplantatie*, Leiden, Stafleu, 1970, (361) 386; J. MATTHIJS, *o.c.*, *RW* 1971-72, (161) 176 en 211; Juridische nota, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220-9, 53; H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 2005, 297 (‘onderscheidingsvermogen’).

³⁴²⁰ Zie: B. SINDIC, *o.c.*, *Ann. Dr. Louvain* 2002, (225) 259-260 en 270-271; S. ZINNER, “Cognitive development and pediatric consent to organ donation”, *Camb. Q. Healthc. Ethics* 2004, (125) 126-128; Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 90; M. CAMPBELL, *e.a.*, *o.c.*, *Am. J. Transpl.* 2013, (1643) 1646, waar wordt benadrukt dat ook gelet moet worden op o.a. de levenservaringen.

³⁴²¹ Zie ook: B. SLUYTERS, *o.c.* in J.M. GREEP (ed.), *Orgaantransplantatie*, 1970, (361) 386; A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation: Key Legal and Ethical Issues*, Aldershot, Ashgate, 1999, 126-127; W.N. KEYES, *Bioethical and evolutionary approaches to medicine and the law*, Chicago ill., American Bar Association, 2007, 637; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 344. Zie echter: C.H. BARON, M. BOTSFORD en G.F. COLE, “Live organ and tissue transplants from minor donors in Massachusetts”, *B.U.L. Rev.* 1975, (159) 177-178 (wilsbekwaamheid voor orgaandonatie is hoogst onwaarschijnlijk); *In Re W. (A Minor) (Medical Treatment: Court’s jurisdiction)* [1993] Fam. 64 (wilsbekwaamheid voor orgaandonatie is hoogst onwaarschijnlijk); S. PERRICK, *o.c.*, *TvGR* 1979, (141) 144 (oordeel des onderscheids niet te snel aanwezig achten); W. KOKKEDEE, “De Wet op de orgaandonatie aangenomen”, *TvGR* 1998, (202) 206 (categorische uitsluiting wegens moeilijkheid van de vaststelling van wilsbekwaamheid).

³⁴²² Vgl. art. 5, lid 2 Wet op de Orgaandonatie; art. 20 EVRM-Bio en art. 14 Transplantatieprotocol EVRM-Bio.

orgaanwegneming bij leven absoluut verboden is op basis van minderjarigheid,³⁴²³ miskent de mogelijke wilsbekwaamheid en is dus té abstract.

2. Wilsbekwaamheid tegenover andere leeftijdsgrenzen

745. Nu vaststaat dat ook voor de toestemming van minderjarige orgaandonoren niet zozeer de leeftijd, maar wel de feitelijke wilsbekwaamheid het bepalend criterium hoort te zijn, rijst de vraag hoe het bestaan van deze wilsbekwaamheid gewaarborgd moet worden. De wilsbekwaamheid van minderjarigen valt immers niet zo gemakkelijk te vermoeden als bij meerderjarigen. Er zijn *grosso modo* twee systemen denkbaar: het halfopen en het open systeem.³⁴²⁴

Het halfopen systeem combineert een *in concreto* beoordeling (op basis van de bovengenoemde factoren) met een vaste minimumleeftijd die weliswaar lager ligt dan de meerderjarigheidsgrens. Dit systeem wordt gehanteerd door de Belgische Orgaantransplantatiewet (art. 7, § 2), alsook door de Nederlandse Wet op de Orgaandonatie (art. 5, lid 1 en 2). Het voordeel van dergelijk systeem is dat een vast leeftijdscriterium toch nog enige rechtszekerheid biedt.³⁴²⁵ Zo is het enigszins mogelijk om met de unieke capaciteiten van iedere minderjarige rekening te houden en tegelijk bescherming te bieden aan de minderjarigen die niet oud genoeg zijn opdat hun wilsbekwaam redelijkerwijze aannemelijk kan worden geacht.

Het nadeel van dit systeem is echter de moeilijkheid van de bepaling van de gepaste leeftijdsgrens.³⁴²⁶ Oorspronkelijk hanteerde de Orgaantransplantatiewet de leeftijd van 15 jaar opdat de toestemming van de minderjarige donor vereist zou zijn.³⁴²⁷ De leeftijd werd na advies van het Kinderrechtencommissariaat verlaagd naar 12 jaar om strijdigheid met artikel 12 Kinderrechtenverdrag³⁴²⁸ te vermijden.³⁴²⁹ Ook de Nederlandse orgaandonatiewet hanteert de leeftijd van 12 jaar. Onderzoek wijst inderdaad uit dat kinderen jonger dan 12 à 13 jaar normaal nog niet de nodige geestescapaciteiten bezitten om een afgewogen beslissing te maken.³⁴³⁰ Bijgevolg wordt aanvaard dat minderjarigen onder deze leeftijdsgrens onweerlegbaar vermoed kunnen worden wilsonbekwaam te zijn om toe te stemmen tot orgaanwegneming.³⁴³¹ Over deze leeftijdsgrens bestaat echter geen eensgezindheid. In haar uitgebreide studie concludeerde B.

³⁴²³ Art. L1231-2 Code de la Santé Publique en art. 511-3, al. 2 Code pénal. De minderjarigheid duurt in Frankrijk eveneens tot de leeftijd van 18 jaar (art. 414 Code civil). Eenzelfde verbod werd ook gesuggereerd in: THE ETHICS COMMITTEE OF THE TRANSPLANTATION SOCIETY, "The Consensus Statement of the Amsterdam Forum on the Care of the Live Kidney Donor", *Transplantation* 2004, vol. 78, nr. 4, (491) 492.

³⁴²⁴ Vgl. D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 345.

³⁴²⁵ E. GULDIX, *De persoonlijkheidsrechten, de persoonlijke levenssfeer en het priveleven in hun onderling verband*, 1986, nr. 746; Memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, 22.358, nr. 3, 13; J. VAN RAAK-KUIPER, o.c., *FJR* 1998, (114) 115; T. GUTMANN en W.G. LAND, "The European Perspective" in R.W.G. GRUENNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, New York, McGraw-Hill Medical, 2008, (37) 39.

³⁴²⁶ Zie reeds: J. MATTHIJS, o.c., *RW* 1971-72, (209) 209.

³⁴²⁷ Oud art. 7, § 2, 1° Orgaantransplantatiewet.

³⁴²⁸ Art. 12, lid 1 Kinderrechtenverdrag luidt: "De Staten die partij zijn, verzekeren het kind dat in staat is zijn of haar eigen mening te vormen, het recht die mening vrijelijk te uiten in alle aangelegenheden die het kind betreffen, waarbij aan de mening van het kind passend belang wordt gehecht in overeenstemming met zijn of haar leeftijd en rijpheid."

³⁴²⁹ Art. 2 Wet van 7 december 2001 tot wijziging van artikel 7 van de wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, *BS* 31 december 2002; Amendement nr.1 (BROUNS), *Parl. St. Kamer* 2000-01, nr. 77-2, 2; Verslag VAN WEERT en DESCHEEMAËKER, *Parl. St. Kamer* 2000-01, nr. 77/3, 8; Kinderrechtencommissariaat, advies 2000-2001/6, "wegnemen en transplanteren van organen bij minderjarigen", www.kinderrechtencommissariaat.be, 6.

³⁴³⁰ Zie het vorige randnummer.

³⁴³¹ Vgl. H.E.G.M. HERMANS, *Gezondheidsrecht en minderjarigen: de rechtspositie van minderjarigen in de gezondheidszorg*, Deventer, Kluwer, 1990, 117 (min. 12 jaar); Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 100 (min. 12 jaar); M. GOODWIN, "My sister's keeper?: law, children and compelled donation", *W. New Eng. L. Rev.* 2006-07, (357) 404 (min. 13 jaar); A. BELHOUS, "Prélèvement et transplantation d'organes à travers la législation marocaine et la législation belge", *Con. M.* 2008, (27) 32.

Sindic immers dat de minimumleeftijd voor nierdonatie door een minderjarige zou moeten worden vastgesteld op 14 jaar.³⁴³² In de grondige studie van L. Capitaine e.a. werd de leeftijdsgrens van 12 jaar eveneens te laag geacht, althans voor partiële leverdonatie, wegens de grote psychosociale maturiteit die dergelijke donatie naast de cognitieve ontwikkeling vereist.³⁴³³ Het vastleggen van een wettelijke minimumleeftijd blijkt dus enigszins arbitrair en mogelijk onnauwkeurig.³⁴³⁴

746. Het open systeem weert daarentegen iedere vaste leeftijdsgrens en berust volledig op een *in concreto* beoordeling geval per geval. Dit systeem wordt gehanteerd voor onder meer gezondheidszorgverstrekkingen in het algemeen (art. 12, § 2 Wet Patiëntenrechten) en weefsel- en celwegname (art. 10, § 3 *in fine* Wet Menselijk Lichaamsmateriaal). Het voordeel is dat de flexibiliteit van het open systeem toelaat om een realistischer beeld te vormen van de wilsbekwaamheid van de minderjarige door rekening te houden met alle relevante factoren in plaats van enkel de leeftijd. Dit systeem is m.a.w. gericht op de grootste eerbied voor de wilsautonomie, die steeds het uitgangspunt hoort te zijn.

Het nadeel van dit systeem is weliswaar dat het minder rechtszekerheid lijkt te bieden dan het halfopen systeem. Het is bekend dat de beoordeling van de wilsbekwaamheid in de medische praktijk helemaal niet eenvoudig is.³⁴³⁵ Toch is dit m.i. geen voldoende argument om het open systeem af te wijzen. Zo is enerzijds het risico op een onjuiste beoordeling van de wilsbekwaamheid bij het halfopen systeem m.i. niet beduidend lager. De relatief lage leeftijdsgrens van 12 jaar zou immers het risico op onterechte toekenning van wilsbekwaamheid evenmin wegwerken, nu ook ten aanzien van 13- of 14-jarigen twijfel kan bestaan. De leeftijdsgrens verhogen zou dit risico inperken, maar zou het risico op beperking van de autonomie van wilsbekwame minderjarigen weer doen stijgen. De houvast die een leeftijdsgrens dan zou bieden weegt echter niet op tegen de mogelijke inbreuk op de volwaardige uitoefening van het essentiële recht op fysieke integriteit (incl. het zelfbepalingsrecht).³⁴³⁶ Anderzijds kan in het open systeem de adequate beoordeling van de wilsbekwaamheid in grote mate gewaarborgd worden door te voorzien in een aangepast procedureel kader,³⁴³⁷ zoals het verplichte multidisciplinair overleg overeenkomstig artikel 8bis Orgaantransplantatiewet.³⁴³⁸ Bijgevolg verdient het open systeem de voorkeur.³⁴³⁹ De

³⁴³² B. SINDIC, o.c., *Ann. Dr. Louvain* 2002, (225) 279, die evenwel meent dat de minderjarige dan nog niet zelfstandig mag beslissen (p. 271 e.v.). Zie ook: Mich. Comp. Laws Ann. § 700.5105 (nierdonatie pas vanaf 14 jaar); A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, 1999, 204 (minstens 16 jaar); J. VAN RAAK-KUIPER, o.c., *FJR* 1998, (114) 119 (vanaf 16 jaar, maar enkel regenererend lichaamsmateriaal en mits verregaande waarborgen). Vgl. art. 477, lid 1 BW (ontvoogding pas mogelijk vanaf 15 jaar).

³⁴³³ L. CAPITAINÉ *et al.*, o.c., *Liver Transplantation* 2013, (649) 651-653. Zie ook over het belang van emotionele, relationele en situationele factoren, naast het belang van cognitieve capaciteiten, voor de beoordeling van de wilsbekwaamheid van een levende donor: N. BILLER-ANDORNO *et al.*, "Who Shall Be Allowed to Give? Living Organ Donors and the Concept of Autonomy", *Theoretical Medicine* 2001, vol. 22, 351-368.

³⁴³⁴ C. LEMMENS, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (817) 829. Zie ook: M. DENEYER, *Deontologische, ethische en wettelijke implicaties van de zorg voor minderjarigen*, Proefschrift, VUBPress, 2012, 40 en 75-76.

³⁴³⁵ C. LEMMENS, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (817) 828 en 933.

³⁴³⁶ Vgl. F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het burgerlijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 575-576.

³⁴³⁷ Vgl. J.E.M. AKVELD en H.E.G.M. HERMANS, "Rechtspositie minderjarigen bij orgaantransplantatie", *FJR* 1988, (122) 126.

³⁴³⁸ Zie *supra* Hoofdstuk III, Afd. 9 van dit Deel.

³⁴³⁹ Zie ook: Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 11 april 1987 betreffende orgaantransplantatie, www.ordomedic.be; B. SLUYTERS, o.c. in J.M. GREEP (ed.), *Orgaantransplantatie*, 1970, (361) 386-387; J.F. RANG, o.c., *TvGR* 1979, (14) 23; J.E.M. AKVELD, *Transplantatie en wetgeving: werkelijkheid en ideaal*, Lelystad, Vermande, 1987, 93-94; I. BOONE, o.c., *TPR* 1996, (91) 113; Advies nr. 11 van 20 december 1999 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek i.v.m. het wegnemen van organen en weefsels bij gezonde levende personen, met het oog op transplantatie, www.health.belgium.be, 16, waar niet de leeftijd, maar wel de bijstand van een psycholoog cruciaal werd geacht; Kinderrechtencommissariaat, advies 2000-2001/6, "wegnemen en

leeftijdsgrens van 12 jaar in artikel 7, § 2 Orgaantransplantatiewet kan dus worden afgeschaft; het wilsbekwaamheidscriterium in diezelfde bepaling volstaat reeds.

B. *Vrij karakter*

747. Overeenkomstig artikel 8, § 1 Orgaantransplantatiewet moet de toestemming van de wilsbekwame minderjarige vrij zijn. Dit wil onder meer zeggen dat de minderjarige niet gedwongen mag worden.³⁴⁴⁰ Vaak wordt gevreesd dat de wilsbekwame minderjarige minder goed tegen dwang is opgewassen dan wilsbekwamen meerderjarigen.³⁴⁴¹ Dergelijk risico op dwang zou een reden kunnen zijn om alsnog een hoge leeftijdsgrens voor orgaanwegname bij minderjarigen te stellen³⁴⁴² of zelfs dergelijke orgaanwegname te verbieden³⁴⁴³.

Het risico op dwang lijkt echter niet zodanig groot te zijn dat het een absoluut verbod op minderjarige donoren noodzakelijk maakt. Zo'n verbod zou de uitoefening van het recht op fysieke integriteit van de wilsbekwame minderjarige overdreven beperken.³⁴⁴⁴ Het risico op dwang kan evenzeer bestaan voor wilsbekwame meerderjarigen. Het dwangrisico is dus geen reden om de wilsbekwame minderjarige anders te behandelen dan de wilsbekwame meerderjarige.³⁴⁴⁵ Ook het stellen van een hoge leeftijdsgrens voor de minderjarige donor wegens dit risico zou m.i. overdreven zijn. Net zoals de wilsbekwaamheid kan het vrije karakter van de toestemming op een evenwichtiger manier gewaarborgd worden door een nauwgezette *in concreto* controle via het multidisciplinair overleg voorzien in artikel 8bis Orgaantransplantatiewet.³⁴⁴⁶

C. *Persoonlijk karakter*

748. De toestemming van de wilsbekwame meerderjarige donor is persoonlijk: enkel de donor zelf kan en moet toestemmen (art. 5 Orgaantransplantatiewet). Voor de wilsbekwame minderjarige was oorspronkelijk niet enkel zijn toestemming vereist, maar ook de toestemming van de samenlevende echtgeno(o)t(e) van de gehuwde minderjarige en/of die van de personen of persoon van wie volgens de bepalingen van het BW de toestemming voor het huwelijk vereist was (m.a.w. de ouders of voogd).³⁴⁴⁷ De wilsbekwame minderjarige had dus hoogstens een

transplanteren van organen bij minderjarigen", www.kinderrechtencommissariaat.be, dat dergelijk systeem conform artikel 12 Kinderrechtenverdrag achtte; LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 280.

³⁴⁴⁰ Zie *supra* Hoofdstuk III, Afd. 3, § 2 van dit Deel.

³⁴⁴¹ R. DIERKENS, *Lichaam en lijk*, 1962, 57; R. STETTER, "Kidney Donation from Minors and Incompetents", *La. L. Rev.* 1974-75, (551) 560, die meent dat een kinderpsycholoog het bestaan van dwang goed moet onderzoeken; J. MATTHIJS, *o.c.*, *RW* 1971-72, (209) 212; Verslag HANQUET, *Parl. St. Senaat* 1984-85, nr. 832/2, 15; Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220/9, 28; J.D. KALLICH en J.F. MERZ, "The Transplant Imperative: Protecting Living Donors From The Pressure to Donate", *J. Corp. L.* 1994-95, vol. 20, (139) 150; F. DREIFUSS-NETTER, *o.c.*, *D.* 2005, (1808) 1809; R.G. HARTMAN, "Gault's Legacy: Dignity, Due Process, and Adolescents' Liberty Interests in Living Donation", *Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y* 2008, (67) 93-94; L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 182-183 en 279; K. THYS *et al.*, *o.c.*, *Transpl. Int.* 2013, (949) 956.

³⁴⁴² Vgl. Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220-9, 28 en 31; *Hand. Kamer* 1985-86, 3 juni 1986, 1206; L. CAPITAIN *et al.*, *o.c.*, *Liver Transplantation* 2013, (649) 652-653.

³⁴⁴³ Vgl. A.R. HOLDER, *Legal issues in pediatrics and adolescent medicine*, New York, John Wiley and sons, 1977, 182; M. KUSANOVICH, "Medical Malpractice Liability and the Organ Transplant", *U.S.F. L. Rev.* 1970-71, (223) 234; T. GRUEL, *Le droit ébranlé par les manipulations du corps*, Villeneuve d'Ascq, Presses Universitaires de Septentrion, 2002, 501, nr. 904; Verslag VAN WEERT en DESCHEEMAER, *Parl. St. Kamer* 2000-01, nr. 77/3, 8.

³⁴⁴⁴ Vgl. Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 93, waar dit wordt gezien als een schending van het gelijkheidsbeginsel.

³⁴⁴⁵ Vgl. D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 345.

³⁴⁴⁶ Vgl. Hoofdstuk III, Afd. 9 van dit Deel. Zie ook: A.R. HOLDER, *Legal issues in pediatrics and adolescent medicine*, 1977, 182; S. ELLISTON, *The best interests of the child in healthcare*, London, Routledge, 2007, 265 en 272.

³⁴⁴⁷ Oud art. 7, § 2, 2° en 3° Orgaantransplantatiewet. Met goedkeuring van: A. TERFVE, "Le corps humain et les actes juridiques en droit belge" in *Le corps humain et le droit. Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XXVI, Dalloz, 1977, (191) 197. Vgl. met de

vetorecht.³⁴⁴⁸ Dit systeem van gedeelde toestemming werd terecht door de wet van 25 februari 2007 afgeschaft, omdat het verouderd was in het licht van de moderne levenswijzen.³⁴⁴⁹ In de plaats kwam een toestemmingssysteem dat enigszins twijfel liet bestaan over de nood aan toestemming van de ouders. Enkel indien de minderjarige wegens zijn geestestoestand niet in staat was zijn wil te uiten, vereiste oud artikel 7, § 2, 3° Orgaantransplantatiewet de instemming van zijn ouders of zijn voogd. Voor het overige werd enkel bepaald dat de minderjarige van 12 jaar of ouder zijn voorafgaande toestemming moest hebben gegeven, terwijl de minderjarige onder de 12 jaar slechts de mogelijkheid moest krijgen om zijn mening te uiten (oud art. 7, § 2, 1° en 2°).

Dit gaf aanleiding tot twee interpretaties in de rechtsleer. Volgens de conservatieve interpretatie moesten nog steeds zowel de geestelijk rijpe minderjarige, als zijn ouders toestemming geven.³⁴⁵⁰ Volgens de progressieve interpretatie moest uit oud artikel 7, § 2 Orgaantransplantatiewet worden afgeleid dat nu enkel nog de toestemming van de wilsbekwame minderjarige (vanaf 12 jaar) vereist was.³⁴⁵¹ Deze laatste strekking was m.i. de juiste. Het is immers de logica zelve dat een *wilsbekwame* minderjarige zelfstandig kan beslissen. Het ouderlijk gezag of enige andere vorm van vertegenwoordiging is immers slechts gerechtvaardigd indien de minderjarige zijn eigen belangen niet kan behartigen en om hem hiertoe op te voeden. Met de wilsbekwaamheid verdwijnt aldus de grondslag voor dergelijke vertegenwoordiging inzake orgaandonatie.³⁴⁵² Het was bovendien de duidelijke bedoeling van de wetgever om de Orgaantransplantatiewet in overeenstemming te brengen met artikel 12 Wet Patiëntenrechten, dat wilsbekwame minderjarigen toelaat om zelfstandig te beslissen over een tussenkomst van een beroepsbeoefenaar.³⁴⁵³

De wet van 3 juli 2012³⁴⁵⁴ heeft het toestemmingssysteem van artikel 7, § 2 Orgaantransplantatiewet opnieuw gewijzigd. Deze bepaling luidt nu dat de orgaanwegname bij leven slechts mogelijk is indien de wilsbekwame minderjarige heeft toegestemd. Enige verwijzing naar de toestemming van de ouders of voogd ontbreekt. Zo werd terecht nóg

Verenigde Staten: *Hurdle v. Currier*, [1977] WL 191146 (Va.Cir.Ct.) (schijnbaar wilsbekwame 16-jarige nierdonor; ouderlijke toestemming vereist); Opinion 2.15 (1)(b)(ii) – Transplantation of Organs from Living Donors, AMA Code of Medical Ethics, <http://www.ama-assn.org> (minderjarige met aanzienlijk beslissingsvermogen kan doneren mits toestemming van zijn wettelijke vertegenwoordigers). Engeland: *In Re W. (A Minor) (Medical Treatment: Court's jurisdiction)* [1993] Fam. 64 (orgaandonatie door wilsbekwame minderjarige ondenkbaar zonder ouderlijke toestemming). Nederland: art. 5, lid 1 Wet op de Orgaandonatie (toestemming van de wilsbekwame minderjarige, zijn ouders of voogd en de kinderrechter vereist). Frankrijk: art. L1241-3 Code de la Santé Publique (wegname van hematopoëtische cellen mits geen veto van de wilsbekwame minderjarige, toestemming van zijn wettelijke vertegenwoordiger, alsook toelating van de rechter en van een expertencomité).

³⁴⁴⁸ T. VANSWEEVELT, o.c., RW 1987-88, (897) 905; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, Brussel, Services fédéraux des affaires scientifiques, techniques et culturelles, 1996, 116 en 118.

³⁴⁴⁹ Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2005-06, nr. 51-2680/1, 7-8. Zie reeds *supra* Hoofdstuk III, Afd. 1 van dit Deel.

³⁴⁵⁰ H. NYS, "Belgium" in H. NYS (ed.), *International encyclopaedia for medical law*, Deventer, Kluwer, 2009, currens, 158; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, 2011, 153, nr. 328, die zich hiervoor baseert op het ouderlijk gezag (art. 373-374 BW). Zie voorheen al het uitgebreide betoog tegen orgaanwegname bij minderjarigen zonder toestemming van de ouders: B. SINDIC, o.c., *Ann. Dr. Louvain* 2002, (225) 268-276.

³⁴⁵¹ Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 32; H. NYS, "Kinderen, geneeskunde en recht" in K. DIERICKX et al., *Kinderen niet toegelaten? Ethisch verantwoord omgaan met kinderen in de geneeskunde*, Leuven, Davidsfonds Uitgeverij, 2010, (16) 21, die weliswaar afkeurend meent dat wijziging van deze bepaling berust op een misverstand tussen de Raad van State en de minister van Volksgezondheid.

³⁴⁵² T. VANSWEEVELT, o.c., RW 1987-88, (897) 901-902; S. ELLISTON, *The best interests of the child in healthcare*, 2007, 3, 25, 41, 265 en 271. Zie ook: J.-P. DOLL, *La discipline des greffes, des transplantations et des autres actes de disposition concernant le corps humain*, Parijs, Masson, 1970, 76; A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, 1999, 132, 145 en 204; Human Tissue Authority Code of practice 2: donation of solid organs for transplantation (2014), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, nr. 88. *Contra*: L.F. ROSS, "Moral grounding for the participation of children as organ donors", *J.L. Med. & Ethics* 1993, (251) 254-255, die voor niet-therapeutische ingrepen zowel de instemming van de wilsbekwame minderjarige als de toestemming van zijn ouders nodig acht.

³⁴⁵³ Advies Raad van State, *Parl. St. Kamer* 2005-06, nr. 51-2680/1, 21.

³⁴⁵⁴ BS 24 augustus 2012 (art. 18).

duidelijker gekozen voor de progressieve strekking en voor het respect voor de autonomie van de wilsbekwame minderjarige. In de memorie van toelichting werd bevestigd dat het de bedoeling was om artikel 7 aan te passen aan de evolutie betreffende minderjarigen in het medisch recht (*cf.* art. 12 Wet Patiëntenrechten) én werd de beslissing tot orgaanwegneming expliciet beschouwd als een strikt persoonlijk recht dat autonoom door de wilsbekwame minderjarige kan worden uitgeoefend.³⁴⁵⁵ Artikel 7, § 2 Orgaantransplantatiewet moet dus gezien worden als een uitzondering op artikelen 373-374 BW betreffende het ouderlijk gezag.

749. Het persoonlijk karakter van de toestemming van de minderjarige donor is dan wel het uitgangspunt, toch moet het om een drietal redenen sterk genuanceerd worden.

Allereerst moet vóór iedere orgaanwegneming bij levenden de evenredigheid van deze wegneming gecontroleerd worden.³⁴⁵⁶ Dit veronderstelt onder meer de beoordeling van de psychosociale gevolgen voor de minderjarige. Zonder de steun van de ouders (of voogd) is het goed denkbaar dat de wegneming conflicten en dus negatieve psychologische gevolgen zal hebben voor de (afhankelijke) minderjarige donor.³⁴⁵⁷ In de praktijk zal de orgaanwegneming dan wellicht geen goedkeuring van het multidisciplinair overlegcomité krijgen, waardoor de arts mogelijk niet tot de wegneming zal willen overgaan.³⁴⁵⁸ *De facto* zal de toestemming van de ouders vaak dus wel vereist zijn.³⁴⁵⁹

Vervolgens kan de minderjarige wel krachtens artikel 7, § 2 Orgaantransplantatiewet zelfstandig toestemmen en een orgaanwegnemingsovereenkomst sluiten, maar zal hij daarom nog niet voldoende solvabel zijn om de eventuele remgelden voor de kosten van deze ingreep te betalen. Overeenkomstig artikel 203, § 1 BW wordt weliswaar aanvaard dat de ouders naar evenredigheid van hun middelen moeten instaan voor de medische kosten van hun minderjarig kind, maar deze verplichting zou volgens de rechtsleer niet gelden in geval van niet-therapeutische ingrepen.³⁴⁶⁰ Aangezien vaak (onterecht) wordt betwist dat orgaanwegneming een therapeutische ingreep is,³⁴⁶¹ dreigt de minderjarige zich dan ook niet op artikel 203, § 1 BW ten kunnen beroepen voor betaling van de kosten ingevolge de orgaanwegneming. De ouders (of voogd) zouden dan alsnog hun veto tegen orgaanwegneming kunnen doordrijven door vooraf deze betaling te ontfangen.³⁴⁶² Indien echter de voorgestelde kostenneutraliteit van orgaanwegneming bij leven zou worden verwezenlijkt,³⁴⁶³ dan verliest dit veto uiteraard haar kracht.

Ten slotte zouden de ouders of één van hen de orgaanwegneming nog kunnen beletten door te bewijzen dat niet alle wettelijke wegnemingsvoorwaarden (bv. wilsbekwaamheid, leeftijd) vervuld zijn. De zaak kan door de ouder(s) aanhangig worden gemaakt bij de

³⁴⁵⁵ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2011-12, nr. 53-2158/1, 27. Zie ook: advies Raad van State, *Parl. St.* Kamer 2011-12, nr. 53-2158/1, 60, waar werd gesteld dat zo het zelfbeschikkingsrecht (van de wilsbekwame minderjarige) maximaal wordt beschermd.

³⁴⁵⁶ Art. 3, § 1, lid 2, art. 8bis en art. 9, lid Orgaantransplantatiewet.

³⁴⁵⁷ Zie ook: B. SINDIC, *o.c.*, *Ann. Dr. Louvain* 2002, (225) 271, die daarom meent dat minderjarigen niet zelfstandig over orgaanwegneming zouden mogen beslissen.

³⁴⁵⁸ Vgl. H. NYS, *o.c.* in K. DIERICKX *et al.*, *Kinderen niet toegelaten?*, 2010, (16) 21, die opmerkt dat artsen in de praktijk vanuit ethische overwegingen hoe dan ook de toestemming van de ouders zouden eisen.

³⁴⁵⁹ Vgl. *In Re W. (A Minor) (Medical Treatment: Court's jurisdiction)* [1993] Fam. 64, waar *obiter dictum* orgaandonatie door een wilsbekwame minderjarige donor ethisch ondenkbaar werd geacht zonder ondersteunende toestemming van de ouders; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 346, die de ouderlijke toestemming niet noodzakelijk, maar wel wenselijk acht.

³⁴⁶⁰ C. LEMMENS, *o.c.* in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (817) 876-877 en 882-883 en de verwijzingen daar.

³⁴⁶¹ Zie de discussie *supra* Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, A van dit Deel.

³⁴⁶² Vgl. J.-P. DOLL, *La discipline des greffes, des transplantations et des autres actes de disposition concernant le corps humain*, 1970, 77.

³⁴⁶³ Zie de bespreking *supra* Hoofdstuk IV, Afd. 1, § 2, C van dit Deel.

jeugdrechtbank, die conform de voorwaarden van de wet moet beslissen in het belang van het kind.³⁴⁶⁴

§ 2. VERSTRENGDE EVENREDIGHEID

750. De toestemming van de wilsbekwame minderjarige volstaat niet opdat de orgaanwegname geoorloofd is. De Orgaantransplantatiewet vereist de gelijktijdige vervulling van vier evenredigheidscriteria: het onaanvaardbaarheids criterium (*infra* A), het regeneratiecriterium (*infra* B), het ernstcriterium (*infra* C) en het verwantschaps criterium (*infra* D). Deze drie laatste criteria vormen telkens een preciezere afbakening van het ruime onaanvaardbaarheids criterium.

A. Het onaanvaardbaarheids criterium

751. Krachtens artikel 3, § 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet mag de orgaanwegname bij leven geen onaanvaardbaar gezondheidsrisico meebrengen voor de donor, ongeacht of de donor meerderjarig, dan wel minderjarig is. Om deze onaanvaardbaarheid te beoordelen, moeten de nadelen voor de donor worden afgewogen tegenover de voordelen van de wegname voor hem (interne kosten-batenanalyse), alsook tegenover de voordelen voor anderen (externe kosten-batenanalyse). Voor een uitvoerige bespreking van deze evenredigheidsafweging wordt verwezen naar het deel over de wilsbekwame meerderjarige donoren.³⁴⁶⁵

Het grote verschil met wilsbekwame meerderjarige donoren is dat er ten aanzien van minderjarige donoren des te meer onzekerheid over de gevolgen van de orgaanwegname voor de donor bestaat.³⁴⁶⁶ Dit is uiteraard het gevolg van het feit dat orgaanwegname niet vaak voorkomt en de (lange termijn-)ervaring dus beperkt is. Er werd *supra* al verdedigd dat onzekerheid op zich nog geen reden is om niet tot orgaanwegname over te gaan, zolang dit doordacht gebeurt en de donor over de onzekerheid geïnformeerd wordt.³⁴⁶⁷ Er kan vertrokken worden vanuit een vergelijking met de gekende gevolgen voor meerderjarigen.³⁴⁶⁸ Op basis hiervan kan (voornamelijk t.a.v. nieren) gezegd worden dat orgaanwegname evenredig kan zijn. Weliswaar wordt gespeculeerd dat de risico's bij minderjarigen groter zijn dan bij meerderjarigen. Minderjarigen hebben immers meer levensjaren voor zich en dus meer risico op lange termijn-gevolgen.³⁴⁶⁹ Dit pleit voor enige terughoudendheid.

³⁴⁶⁴ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2011-12, nr. 53-2158/1, 28; advies van de Raad van State, *Parl. St.* Kamer 2011-12, nr. 53-2158/1, 60, die terecht aanraadt om deze procedurele waarborg in de wet op te nemen. Zie uitgebreider over de onduidelijke grondslag voor de bevoegdheid van de jeugdrechtbank inzake orgaanwegname bij minderjarigen: T. VANSWEEVELT en N. BROECKX, "Artikel 7 Orgaantransplantatiewet" in *Comm. Pers.*, 2013, currens, 5. Vgl. F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het burgerlijk recht*, 2001, 578.

³⁴⁶⁵ Zie *supra* Hoofdstuk IV van dit Deel.

³⁴⁶⁶ M. ABECASSIS *et al.*, "Consensus Statement on the Live Organ Donor", *JAMA* 2000, vol. 284, (2919) 2924; L. CAPITAIN *et al.*, *o.c.*, *Liver Transplantation* 2013, (649) 652.

³⁴⁶⁷ Zie *supra* Hoofdstuk IV, Afd. 1, § 2, A.3.a. van dit Deel.

³⁴⁶⁸ Vgl. L.F. ROSS en J.R. THISTLETHWAITE, "Minors as living solid-organ donor", *Pediatrics* 2008, (454) 455-456.

³⁴⁶⁹ L.F. ROSS en J.R. THISTLETHWAITE, *o.c.*, *Pediatrics* 2008, (454) 455-456, die de lange termijnrisico's bij leversegmentwegname daarentegen onbestaande achten wegens het regenererend karakter van de lever; M. CAMPBELL, *e.a.*, *o.c.*, *Am. J. Transpl.* 2013, (1643) 1647, die ook de langere *follow-up* beschouwen als mogelijk belastend voor het gezin; L. CAPITAIN *et al.*, *o.c.*, *Liver Transplantation* 2013, (649) 652.

B. *Het regeneratiecriterium*

752. Het regeneratiecriterium bij minderjarige donoren (art. 7, § 1 Orgaantransplantatiewet) heeft deels dezelfde draagwijdte als dat bij meerderjarigen (art. 6, § 1 Orgaantransplantatiewet), zodat hiervoor kan verwezen worden naar de eerdere bespreking van deze laatste bepaling.³⁴⁷⁰

Een belangrijk verschil is dat bij minderjarigen de niet-regenererende aard van het orgaan niet de vervulling van strengere voorwaarden vereist, maar op zich de orgaanwegname kan uitsluiten. Aanvankelijk mocht orgaanwegname bij een minderjarige donor niet worden verricht indien het een niet-regenererend orgaan betrof, tenzij deze wegname normalerwijze geen ernstige gevolgen zou hebben. Nu is orgaanwegname bij de wilsbekwame minderjarige absoluut verboden zodra het een niet-regenererend orgaan betreft. De wet werd in deze zin aangepast omdat de wetgever de aanvankelijke regeling niet streng genoeg achtte in het licht van het EVRM-Bio.³⁴⁷¹ Artikel 20 van dit verdrag bepaalt dat enkel regenererende weefsels bij wilsonbekwamen mogen worden weggenomen.³⁴⁷² Het gevolg is dat nierwegname bij een wilsbekwame minderjarige nu absoluut verboden is, aangezien een nier niet regeneert.³⁴⁷³ Leverkwabwegname wordt niet uitgesloten door het regeneratiecriterium, nu de lever kan regenereren.

Het is echter onredelijk dat een wilsbekwame minderjarige (in theorie althans) enkel kan beslissen tot het doneren van regenererende (delen van) organen. De risico's van nierwegname kunnen voldoende beperkt zijn zodat deze ingreep aanvaardbaar kan zijn.³⁴⁷⁴ Niet de regeneerbaarheid, maar wel de concrete risico's zouden determinerend moeten zijn bij het inperken van de autonomie van de wilsbekwame minderjarige. Zoals bij meerderjarige donoren, wordt bijgevolg ook hier gepleit voor de afschaffing van het wettelijke regeneratiecriterium. Dat destijds in de ziekenhuizen werd vastgesteld dat in België het aanbod aan nieren van overleden donoren of van familieleden toereikend is en dus geen uitzondering voor wegname van niet-regenererende organen tussen broers en zussen nodig is,³⁴⁷⁵ is m.i. geen doorslaggevend bezwaar. Gelet op het orgaantekort is het niet uitgesloten dat er zich toch gevallen voordoen waarin er niet tijdig een geschikte overleden of levende (meerderjarige) donor te vinden is. De wet mag de ontvanger (en de wilsbekwame donor) dan niet in de steek laten.

³⁴⁷⁰ Zie *supra* Hoofdstuk IV, Afd. 2, § 2, B.3. van dit Deel.

³⁴⁷¹ Art. 2.A wet van 7 december 2001 tot wijziging van artikel 7 van de wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, *BS* 31 december 2002; Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 1999 (B.Z.), nr. 77/1, 1; Verslag VAN WEERT en DESCHEEMAËKER, *Parl. St. Kamer*, 2000-2001, 077/003, 4. Zie ook: Kinderrechtencommissariaat, advies 2000-2001/6, "wegname en transplanteren van organen bij minderjarigen", www.kinderrechtencommissariaat.be, 3-5 en 7 (met verwijzing naar Resolutie (78) 29). Zie over de discussie omtrent de interpretatie van art. 7, § 1 Orgaantransplantatiewet vóór de wetswijziging: H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medische handelen*, APR, Gent, Story-Scientia, 1991, 240-241; Advies nr. 11 van 20 december 1999 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 9. T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 111-113 en 192.

³⁴⁷² Zie ook: Guiding Principle 4, WHO Guiding Principles on Human Organ Transplantation (1991) in Resolutie WHA44.25 on Human organ transplantation, 44th World Health Assembly, 13 mei 1991, <http://www.who.int>. Zie daarentegen art. 6, lid 2 van de Appendix bij Resolutie (78)29, waar wegname van niet-regenererend lichaamsmateriaal bij wilsbekwame minderjarigen uitzonderlijk wordt toegelaten; Appendix II, 3rd Conference of European Health Ministers, Organ Transplantation, Paris 16-17 November 1987, *VI. T. Gez.* 1987-88, (284) 286, waar wegname van een nier bij een handelingsonbekwame onder bepaalde voorwaarden kan.

³⁴⁷³ B. SINDIC, o.c., *Ann. Dr. Louvain* 2002, (225) 249.

³⁴⁷⁴ In dezelfde zin, maar slechts in uitzonderlijke gevallen: J. MATTHIJS, o.c., *RW* 1971-72, (161) 177; B. SINDIC, o.c., *Ann. Dr. Louvain* 2002, (225) 279.

³⁴⁷⁵ Verslag VAN WEERT en DESCHEEMAËKER, *Parl. St. Kamer* 2000-01, nr. 77/3, 7 (ook de Belgische Transplantatieraad sprak zich gunstig uit t.a.v. het verbod op nierwegname bij minderjarigen).

C. *Het ernstcriterium*

753. Zoals het regeneratiecriterium, heeft ook het ernstcriterium bij minderjarige donoren (art. 7, § 1 Orgaantransplantatiewet) deels dezelfde draagwijdte als het ernstcriterium bij meerderjarigen (art. 6, § 1 Orgaantransplantatiewet).³⁴⁷⁶ Er zijn echter twee belangrijke verschillen.

Eerst moet worden opgemerkt dat bij minderjarigen enkel rekening wordt gehouden met de ernstige gevolgen die ‘normalerwijze’ kunnen optreden. Hieruit kan worden afgeleid dat een uitzonderlijke kans op ernstige gevolgen niet volstaat. In tegenstelling tot bij meerderjarigen kan dus met zowel de grootte als de frequentie van het risico rekening worden gehouden.

Vervolgens wordt het ernstcriterium bij wilsbekwame minderjarigen niet gehanteerd om, zoals bij de wilsbekwame meerderjarigen, strengere voorwaarden op te leggen die orgaanwegneming alsnog kunnen rechtvaardigen (levensgevaar voor de ontvanger en subsidiariteit tegenover overleden donoren). Bij minderjarigen zullen de ernstige gevolgen daarentegen de orgaanwegneming absoluut verboden maken. Het gevolg hiervan is dat leversegmentwegneming bij een minderjarige *de facto* niet mogelijk zal zijn, nu deze doorgaans nog hoge risico’s meebrengt.³⁴⁷⁷

D. *Het verwantschaps criterium*

754. Orgaanwegneming bij levende meerderjarigen is in principe niet beperkt tot bepaalde verwanten.³⁴⁷⁸ Orgaanwegneming bij levende minderjarigen is daarentegen enkel toegestaan indien ze bestemd is voor transplantatie bij een broer of zus (art. 7, § 1 Orgaantransplantatiewet).³⁴⁷⁹ De ontvanger mag dus geen ander familielid zijn, laat staan een onbekende.

Het doel van dit strikte verwantschaps criterium is het garanderen van een succesvolle transplantatie (zodat de voordelen van de wegneming kunnen opwegen tegen de nadelen). Wegens het bloedverwantschap tussen broers en/of zussen ligt namelijk de kans op weefselcompatibiliteit en dus de kans op succes hoger.³⁴⁸⁰ De HLA-antigenen, die een rol spelen bij de compatibiliteit tussen donor en ontvanger, zijn immers erfelijk. Bij identieke tweelingen zal aldus geen afstoting optreden. Maar ook tussen niet-genetisch identieke broers en zussen bestaat er een goede kans dat ze een uitstekende match zijn.³⁴⁸¹

755. Ondanks de goede intenties kan dit verwantschaps criterium m.i. bekritiseerd worden. Een eerste kritiekpunt betreft de onduidelijkheid over de invulling van de begrippen ‘broer’ en ‘zus’. Zo rijst de vraag of artikel 7, § 1 Orgaantransplantatiewet ook orgaanwegneming ten

³⁴⁷⁶ Zie *supra* Hoofdstuk IV, Afd. 2, § 2, A van dit Deel.

³⁴⁷⁷ Zie ook: S. PANIS, “Lichaamsmateriaal voor geneeskundige toepassingen op de mens” in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1215) 1247; Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2011-12, nr. 53-2158/1, 27, waar werd gesteld dat leverkwabwegneming niet te verwaarlozen risico's kan meebrengen; H. NYS, L. BODDEZ en E. VANERMEN, *Overzicht van het gezondheidsrecht in 2012, 2013 en 2014*, Mechelen, Kluwer, 2015, 152.

³⁴⁷⁸ Zie met name *supra* Hoofdstuk III, Afd. 4, § 2 van dit Deel.

³⁴⁷⁹ Vgl. art. 6, lid 2 van de Appendix bij Resolutie (78)29 (enkel nauw genetisch verwanten); Appendix II, 3rd Conference of European Health Ministers, Organ Transplantation, Paris 16-17 November 1987, *VI. T. Gez.* 1987-88, (284) 286 (enkel nauw genetisch verwanten); art. 5, lid 1 Wet op de Orgaandonatie (enkel bloedverwanten t.e.m. de tweede graad).

³⁴⁸⁰ Verslag HANQUET, *Parl. St. Senaat* 1984-85, nr. 832-2, 17; A. BELHOUSSE, *o.c.*, *Con. M.* 2008, (27) 32; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 117.

³⁴⁸¹ GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 80; J.M. CECKA, “Long-Term Outcome” in R.W.G. GRUENESSNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, 2008, (319) 320 (een nier van een HLA-identieke broer/zus kan tot meer dan 29 jaar meegaan, hoewel nog steeds immunosuppressiva nodig zijn).

gunste van halfbroers/-zussen, adoptiebroers/-zussen, stiefbroers/-zussen en broers/zussen verwekt via medisch begeleide voortplantingstechnieken (MBV) toelaat. De minister van Volksgezondheid verklaarde dat de broer/zus een bloedverwant van de donor moet zijn.³⁴⁸² Hiermee lijken adoptiebroers/-zussen, stiefbroers/-zussen en broers/zussen verwekt via MBV te worden uitgesloten van orgaandonatie.³⁴⁸³ Nochtans is een andere, ruimere interpretatie van artikel 7, § 1 Orgaantransplantatiewet mogelijk. De juridische begrippen ‘broer’ en ‘zus’ kunnen evengoed op het bestaan van een juridische afstammingsband wijzen.³⁴⁸⁴ Ze zouden dan eveneens broers en zussen door volle adoptie,³⁴⁸⁵ alsook broers of zussen verwekt via MBV³⁴⁸⁶ omvatten. De begrippen ‘broer’ en ‘zus’ zouden zelfs nog ruimer kunnen worden geïnterpreteerd en worden geënt op affectieve banden, conform het recht op gezinsleven uit artikel 8 EVRM.³⁴⁸⁷ Zo komen eveneens de broers/zussen door gewone adoptie³⁴⁸⁸ en stiefbroers/-zussen binnen het bereik van artikel 7, § 1. Voor zover er dan een heel goede kans op succes bestaat, zou de orgaanwegname ten gunste van een niet-bloedverwante broer/zus stroken met de *ratio legis* en dus toelaatbaar moeten zijn. Deze interpretatie strookt ook meer met de zelfbepaling van de wilsbekwame minderjarige en de nood aan een hoger orgaanaanbod.

Een tweede, fundamentele kritiekpunt sluit hierbij aan en betreft de gegrondheid van het strikte verwantschaps criterium. De doelstelling van dit criterium is impliciet het waarborgen van een evenwichtige kosten-batenverhouding. Hierbij moet enerzijds worden opgemerkt dat bloedverwantschap met levende donoren in de huidige stand van de wetenschap niet langer noodzakelijk is om goede resultaten voor de ontvanger te verkrijgen.³⁴⁸⁹ Anderzijds worden de (psychosociale) baten voor de donor niet zozeer bepaald door bloedverwantschap maar veeleer door de hechte emotionele band met de ontvanger.³⁴⁹⁰ Het is daarom onredelijk om de autonomie van de wilsbekwame minderjarige te beperken louter op basis van een gebrek aan broederlijke of zusterlijke bloedband. Bijgevolg moeten de psychosociale baten geval per geval kunnen worden beoordeeld zonder vooraf bepaalde ontvangers (bv. ouders, niet-bloedverwante broers of -zussen, andere familieleden of zelfs hechte vrienden) uit te sluiten.³⁴⁹¹

³⁴⁸² Verslag BURGEON, *Parl. St.* Kamer 2011-12, nr. 2158/2, 20.

³⁴⁸³ Halfbroers en -zussen hebben wel een bloedband. Zie ook: N. NEFUSSY-LEROY, *Organes humains: prélèvements, dons, transplantations*, Parijs, Eska, 1999, 110-111 en F. GRANET-LAMBRECHTS, “Les dons d’organes, de tissus, de cellules et de produits du corps humain: de la loi Caillavet aux lois bioéthique”, *RD Sanit. Soc.* 1995, (1) 9, waar wordt gepleit om onder broers en zussen ook halfbroers/-zussen te begrijpen, gelet op het discriminatieverbod van artikel 2 Kinderrechtenverdrag.

³⁴⁸⁴ Vgl. S. DEMARS, “Les relations entre les frères et sœurs au sein de la famille en droit civil”, *TBBR* 2000, (74) 76.

³⁴⁸⁵ Zie immers: art. 356-1 BW. Vgl. J. VAN RAAK-KUIPER, “De rechtspositie van minderjarigen en de Wet op de orgaandonatie”, *FJR* 1998, (114) 118; T. GRUEL, *Le droit ébranlé par les manipulations du corps*, 2002, 491. De keerzijde van deze redenering zou zijn dat de volle adoptant dan niet meer kan doneren aan zijn biologische broers/zussen (vgl. N. NEFUSSY-LEROY, *Organes humains*, 1999, 110), tenzij wordt aanvaard dat de begrippen ‘broer’ en ‘zus’ duiden op zowel bloed-, als afstammingsbanden.

³⁴⁸⁶ Enkel de wensouders, niet de donorouder(s) zullen immers de vaststelling van afstammingsbanden kunnen vorderen. Zie: art. 2, i), j), p) en q), art. 27 en art. 56 wet van 6 juli 2007 betreffende de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van de overtallige embryo's en de gameten, *BS* 17 juli 2007.

³⁴⁸⁷ Vgl. R. HEPS, “Het recht van broers en zussen om niet van elkaar te worden gescheiden: een reeds bestaand recht?”, *TJK* 2011, (24) 25 en 26.

³⁴⁸⁸ Art. 535-1 BW.

³⁴⁸⁹ Zie *supra* Hoofdstuk I, Afd. 1 van dit Deel.

³⁴⁹⁰ Zie *supra* Hoofdstuk IV, Afd. 1, § 2, B.2.c. van dit Deel.

³⁴⁹¹ Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 87-88 (zie weliswaar p. 99-100, waar sommige leden van het Raadgevend Comité een niervegening bij een minderjarige enkel ten gunste van een identieke tweelingsbroer- of zus mogelijk achten); B. SHARTLE, “Proposed legislation for safely regulating the increasing number of living organ and tissue donations by minors”, *La. L. Rev.* 2001, (433) 468; L.A. JANSEN, “Child organ donation, family autonomy and intimate attachments”, *Camb. Q. Healthc. Ethics* 2004, (133) 138-139; B.A. SCHENBERG, “Harvesting organs from minors and incompetent adults to supply the nation’s organ drought: a critical review of the substituted judgment doctrine and the best interest standard”, *Ind. Health L. Rev.* 2007, (319) 358. Zie ook: Mich. Comp. Laws Ann. § 700.5105 (nierdonatie).

§ 3. VOORSTEL TOT MINDER RESTRICTIEVE VOORWAARDEN

756. Het is duidelijk dat de Orgaantransplantatiewet restrictiever is ten aanzien van wilsbekwame minderjarige donoren dan ten aanzien van wilsbekwame meerderjarige donoren. Inzake orgaanwegneming bij leven is de autonomie van een wilsbekwame minderjarige m.a.w. *ipso facto* beperkter dan die van de wilsbekwame meerderjarige. De analyse van deze beperkende regels leidt echter tot de conclusie dat géén van hen gerechtvaardigd is.

Wat betreft het uiten van de toestemming tot orgaanwegneming werd verdedigd dat enkel de feitelijke wilsbekwaamheid van de minderjarige bepalend hoort te zijn. Het principieel verbod op orgaanwegneming beneden 18 jaar in artikel 5, lid 1 Orgaantransplantatiewet, evenals de minimumleeftijd van 12 jaar in artikel 7, § 2 Orgaantransplantatiewet kunnen bijgevolg best worden geschrapt.

757. De belangrijkste aanpassing moet evenwel plaatsvinden op het vlak van de evenredigheidsgrenzen. Hierboven is gebleken dat de combinatie van het regeneratie- en ernstcriterium zowel nier- als leversegmentwegneming bij een levende minderjarige uitsluit. Zoals artikel 5 Wet op de Orgaandonatie in Nederland was deze regeling oorspronkelijk vooral bedoeld om beenmergdonatie tussen broers en zussen toe te laten, toen weefsels nog onder het toepassingsgebied van de Orgaantransplantatiewet vielen.³⁴⁹² Weefsels worden nu niet meer geregeld in de Orgaantransplantatiewet (art. 1^{quater}). Hierdoor is artikel 7 *de facto* een lege doos geworden.³⁴⁹³

Dat deze regeling té restrictief is ten aanzien van orgaanwegneming, kan m.i. geïllustreerd worden aan de hand van de Spaanse zaak *Rocío*. Een 17-jarige vrouw wenste een nier af te staan aan haar zieke dochtertje. Minderjarigen mogen overeenkomstig de Spaanse wet nochtans geen donor bij leven zijn. Hoewel het meisje binnen enkele maanden meerderjarig zou worden, bestond echter het risico dat het dochtertje tegen dan niet meer kon worden gered. De rechtbank van eerste aanleg te Sevilla liet bijgevolg de nierwegneming toe.³⁴⁹⁴ Hoewel dit in feite strijdig was met de Spaanse wet, kan *prima facie* de rechtvaardigheid van deze beslissing m.i. moeilijk worden ontkend. Eenzelfde rechtvaardigheid gaat bv. uit van de nierdonatie van een 15-jarige jongen aan zijn alleenstaande moeder en tevens enige naaste familielid. Met name bij *nierwegneming* is het denkbaar dat er bepaalde gevallen bestaan waarin de voordelen opwegen tegen de nadelen, die doorgaans relatief beperkt zijn.³⁴⁹⁵ Maar ook daarbuiten zou orgaanwegneming evenredig kunnen zijn, zoals in geval van

³⁴⁹² België: Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 1999 (B.Z.), nr. 77/1, 2; Verslag HANQUET, *Parl. St. Senaat* 1984-85, nr. 832/2, 17. Beenmerg is een weefsel dat hemopoëtische stamcellen bevat, die voornamelijk bij broers of zussen zeer geschikt zijn ter behandeling van bv. acute leukemie. Beenmerg regenereert en de risico's van beenmergwegneming zijn minder groot dan bij organen (Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 81.). Nederland: Memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, 22.358, nr. 3, 13; GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, Den Haag, Gezondheidsraad, 2003, nr. 2003/1, 148. Vgl. ook memorie van toelichting EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nrs. 123-125.

³⁴⁹³ Zie ook: H. NYS, *Recht en bio-ethiek. Wegwijs voor mensen in de gezondheidszorg*, Leuven, LannooCampus, 2010, 139; S. PANIS, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1215) 1247.

³⁴⁹⁴ M. NAVARRO-MICHEL, "Institutional organisation and transplanting the 'Spanish Model'" in A.-M. FARRELL, D. PRICE en M. QUIGLEY (eds.), *Organ shortage: ethics, law, and pragmatism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, (151) 156. Zie in gelijkaardige zin: L. CAPITAINÉ *et al.*, o.c., *Liver Transplantation* 2013, (649) 654 (geoorloofdheid van leverdonatie door minderjarigen aan hun kinderen).

³⁴⁹⁵ Zie over de risico's bij nierwegneming *supra* Hoofdstuk IV, Afd. 1, § 2, A.1.a. van dit Deel. Zie ook: Verslag VAN WEERT en DESCHEEMAËKER, *Parl. St. Kamer* 2000-01, nr. 77-3, 3-4 en 6-7, waar o.a. werd gewezen op de mogelijk dramatische gevolgen van dergelijke restrictieve regeling binnen het gezin; B. SINDIC, o.c., *Ann. Dr. Louvain* 2002, (225) 279; Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 100.

dominotransplantatie³⁴⁹⁶ bijvoorbeeld. Het regeneratie- en ernstcriterium kunnen bijgevolg leiden tot een te verregaande beperking van de autonomie van de wilsbekwame minderjarige. Hierboven werd eenzelfde afkeurende stelling verdedigd ten aanzien van het verwantschaps criterium dat enkel donatie aan broer of zus toelaat. Veeleer de concrete emotionele band tussen de minderjarige en de ontvanger is bepalend voor de evenredigheid van de orgaanwegneming.

Er werd geen pertinent criterium gevonden om wilsbekwame minderjarigen in alle gevallen strenger te behandelen dan wilsbekwame meerderjarigen. Dit zou discriminatie kunnen uitmaken. Het besluit moet dan ook m.i. zijn dat wilsbekwame minderjarigen orgaandonor bij leven moeten kunnen zijn volgens dezelfde evenredigheidsvoorwaarden als wilsbekwame meerderjarigen.³⁴⁹⁷ Dit zal er voor alle duidelijkheid niet toe leiden dat wilsbekwame minderjarigen steeds even ‘vlot’ orgaandonor kunnen zijn als wilsbekwame meerderjarigen. Het belangrijkste verschil met de huidige regels van artikel 7, § 1 Orgaantransplantatiewet zal zijn dat de voorgestelde evenredigheidsregels toelaten om een beter evenwicht te bereiken tussen bescherming van de minderjarige en de eerbied voor zijn autonomie.

Afdeling 2. Wilsonbekwame minderjarige donoren

§ 1. ABSOLUUT VERBOD

A. Oud artikel 7, § 2 Orgaantransplantatiewet

758. Een minderjarige kan wilsonbekwaam zijn ingevolge de normale cognitieve ontwikkeling, dan wel ingevolge een geestesstoornis. Tot in 2012 sloot de Orgaantransplantatiewet orgaanwegneming bij een wilsonbekwame minderjarige in theorie niet uit. Dit kon worden afgeleid uit oud artikel 7, § 2 ofschoon de strenge evenredigheidsvoorwaarden van artikel 7, § 1 deze mogelijkheid vrijwel uitholde. Zo konden de ouders of voogd toestemmen tot orgaanwegneming bij de minderjarige, indien deze hiertoe wegens zijn geestestoestand niet in staat was (oud art. 7, § 2, 3°). Indien de minderjarige donor jonger dan 12 jaar was, dan moest hij vooraf de mogelijkheid krijgen om zijn mening te uiten (oud art. 7, § 2, 2°), maar konden de ouders of voogd nog steeds tot orgaanwegneming toestemmen.³⁴⁹⁸

Aldus sloot de Belgische regeling qua uitgangspunt aan bij de talrijke Amerikaanse rechtspraak omtrent niertransplantatie met wilsonbekwame donoren. In vele van deze zaken werden dergelijke nierdonaties immers geoorloofd geacht. De eerste gepubliceerde zaak is *Strunk v. Strunk* (1969), waar toelating werd gegeven voor nierwegneming bij een wilsonbekwame 27-jarige met een mentale leeftijd van 6 jaar ten gunste van zijn broer.³⁴⁹⁹ In

³⁴⁹⁶ Bv.: T.L. ASTOR *et al.*, “Domino Heart Transplantation involving infants”, *Am. J. Transpl.* 2007, 2626-2629 over de voordelen en nadelen van een hart-longtransplantatie. Zie ook de Franse wet, waar een uitzondering op het verbod op minderjarige orgaandonoren wordt gemaakt voor dominotransplantatie (art. L1235-2 Code de la Santé Publique).

³⁴⁹⁷ Zie ook: W. DREESSEN, “Orgaantransplantatie en mensenrechten”, *Jura Falc.* 1984-85, (500) 513; A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, 1999, 144; M. CAMPBELL, e.a., o.c., *Am. J. Transpl.* 2013, (1643) 1647.

³⁴⁹⁸ Zie o.a.: H. NYS, “Legislative developments in Patients’ Rights in Belgium”, *EJHL* 1994, (137) 141-142; Y.-H. LELEU en G. GENICOT, *Le droit médical. Aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Brussel, De Boeck & Larcier, 2001, 218; G. SCHAMPS, “Le degré d’autonomie du mineur dans la domaine des soins médicaux en droit belge” in B. FEUILLET-LIGER en R. IDA (eds.), *Adolescent et acte médical, regards croisés. Approche internationale et pluridisciplinaire*, Brussel, Bruylant, 2011, (83) 111.

³⁴⁹⁹ *Strunk v. Strunk* [1969] 445 S.W.2d 145 (Ky 1969). Zie echter daarvoor al: *Masden v. Harrison*, nr. 68651 (Mass. Eq. 12 juni 1957); *Huskey v. Harrison*, nr. 68666 (Mass. Eq. 30 augustus 1957); *Foster v. Harrison*, nr. 68674 (Mass. Eq. 20 november 1957). In

Hart v. Brown (1972) mocht vervolgens een nierwegname bij een 7-jarige plaatsvinden voor transplantatie bij haar tweelingzus.³⁵⁰⁰ In *Little v. Little* (1979) liet de rechter de donatie van een nier van een 14-jarige wilsonbekwame aan haar jongere broer toe.³⁵⁰¹ In de zaken *Richardson* (1973) en *Pescinski* (1975) werden daarentegen de nierwegnames bij respectievelijk een 17-jarige mentaal gehandicapte en een 39-jarige geestesgestoorde ontoelaatbaar geacht.³⁵⁰² Nochtans sloten de rechters ook hier de eventuele mogelijkheid tot orgaandonatie onder andere omstandigheden niet uit.³⁵⁰³ Tussen 1988 en 2014 vonden in de Verenigde Staten 66 orgaanwegnames bij minderjarigen plaats.³⁵⁰⁴

Hoewel de Wereldgezondheidsorganisatie, de World Medical Association en de Transplantation Society daarentegen stellen dat orgaanwegname bij minderjarigen in principe ongeoorloofd is, laten ook zij een afwijking op dit principe toe in zeer uitzonderlijke gevallen.³⁵⁰⁵ Dit is voorlopig eveneens de positie in Engeland.³⁵⁰⁶

B. Nieuw artikel 7, § 2 Orgaantransplantatiewet

759. Terwijl weefsel- en celwegname nu nog steeds bij een wilsonbekwame minderjarige kan plaatsvinden,³⁵⁰⁷ is orgaanwegname bij een wilsonbekwame minderjarige sinds de wetwijziging van 3 juli 2012³⁵⁰⁸ verboden in België. Artikel 7, § 2 Orgaantransplantatiewet laat immers de orgaanwegname enkel nog toe indien de minderjarige donor in staat is zijn wil te uiten.³⁵⁰⁹ Zodoende sluit België aan bij een Europese tendens die erin bestaat orgaanwegname bij wilsonbekwamen te verbieden en enkel nog de wegname van

deze ongepubliceerde zaken werd toelating gegeven tot nierwegname bij minderjarigen van 14, 15 en 19 jaar voor transplantatie bij hun tweelingsbroer/-zus. Het is niet duidelijk of deze minderjarigen wilsonbekwaam werden beschouwd. Zie over de Harrison-zaken o.a.: W.J. CURRAN, "A problem of consent: kidney transplantation in minors", *N.Y.U. L. Rev.* 1959, 891-898 en D.L. COLEMAN, "Testing the Boundaries of Family Privacy: the Special Case of Pediatric Sibling Transplants", *Cardozo L. Rev.* 2014, (1289) 1299 e.v.

³⁵⁰⁰ *Hart v. Brown* [1972] 29 Conn.Supp. 368, 289 A.2d 386.

³⁵⁰¹ *Little v. Little* [1979] 576 S.W.2d 493.

³⁵⁰² *In Re Richardson* [1973] 284 So.2d 185; *In re Guardianship of Pescinski*, [1975] 67 Wis. 2d 4.

³⁵⁰³ Enkel in de staat Michigan is nierdonatie bij wet beperkt tot wilsonbekwame minderjarigen. Zie: Mich. Comp. Laws Ann. § 700.5105: "(...) If the court determines that the prospective donor is sufficiently sound of mind to understand the needs and probable consequences of the gift to both the donor and donee and agrees to the gift, the court may enter an order authorizing the making of the gift". Zie ook: OPTN Policy 13.2, www.optn.transplant.hrsa.gov (geen cross-over donatie onder de leeftijd van 18 jaar).

³⁵⁰⁴ OPTN National Data – Living Donors by Donor Age, <http://optn.transplant.hrsa.gov>.

³⁵⁰⁵ Guiding principle 4, WHO Guiding Principles on Human Cell, Tissue and Organ Transplantation (2010), <http://www.who.int>; WMA Statement on Organ and Tissue Donation (S-2000-01-2006), <http://www.wma.net>, nr. F.11; T.L. PRUETT *et al.*, "The Ethics Statement of the Vancouver Forum in the Live Lung, Liver, Pancreas, and Intestine Donor", *Transplantation* 2006, vol. 81, nr. 10, (1386) 1387 (vreemd genoeg *contra*: THE ETHICS COMMITTEE OF THE TRANSPLANTATION SOCIETY, o.c., *Transplantation* 2004, vol. 78, nr. 4, (491) 492). Hetzelfde standpunt werd verdedigd door de American Medical Association: M. ABECASSIS *et al.*, o.c., *JAMA* 2000, vol. 284, (2919) 2924.

³⁵⁰⁶ Human Tissue Authority Code of practice 2: donation of solid organs for transplantation (2014), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, nrs 49 t.e.m. 51, 86 t.e.m. 89 en appendix A ('only in extremely rare circumstances'). Zie ook: *In Re Y. (Mental patient: Bone Marrow Donation)* [1997] Fam. 110, waar beenmergwegname bij een zwaar mentaal gehandicapte werd toegelaten: "It is doubtful that this case would act as a useful precedent in cases where the surgery involved is more intrusive than in this case, where (...) the bone marrow harvested is speedily regenerated (...) with no long term consequences at all." Bij gebrek aan rechtspraak is de situatie omtrent orgaandonatie speculatief (D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 349).

³⁵⁰⁷ Art. 10, § 3 Wet Menselijk Lichaamsmateriaal: "Wanneer de wegname van lichaamsmateriaal bij levenden normalerwijze geen ernstige gevolgen kan hebben voor de donor en deze wegname cellen en weefsels betreft die regenereren, of wanneer de wegname voor autologe doeleinden geschiedt, dan kan deze, in afwijking tot § 1, worden verricht op minderjarigen (...). Ingeval de wegname wordt verricht op levenden zoals bedoeld in het eerste lid, zijn de artikelen 12 (...) wet van 22 augustus 2002, van toepassing". Pro: S. PANIS en N. VAN GELDER, "De Wet Menselijk Lichaamsmateriaal van 19 december 2008: een grondige analyse", *T. Gez.* 2010-11, (217) 230. *Contra*: H. NYS, "Bloed, zweet en tranen. Kritische ontleding van de wet van 19 december 2008 inzake het verkrijgen en het gebruik van menselijk lichaamsmateriaal", *RW* 2009-10, (178) 183.

³⁵⁰⁸ BS 24 augustus 2012 (art. 18). Zie voorheen ook al: Wetsvoorstel betreffende het wegnemen van organen bij wilsonbekwame levende personen, *Parl. St. Kamer* 2010-11, nr. 53-1780/1.

³⁵⁰⁹ Krachtens dezelfde bepaling worden minderjarigen onder de 12 jaar onweerlegbaar vermoed wilsonbekwaam te zijn.

regenererende weefsels onder strikte voorwaarden toe te laten.³⁵¹⁰ Overtreding van dit verbod is strafbaar met een gevangenisstraf van drie maanden tot een jaar en/of geldboete van 1.000 tot 10.000 euro.³⁵¹¹

De wetgever steunde deze restrictieve beleidskeuze echter op betwifelbare argumenten. Eerst beriep de wetgever zich op artikel 15, § 1 Richtlijn 2010/53/EU,³⁵¹² dat de lidstaten verplicht alle nodige maatregelen te nemen “om de hoogst mogelijke bescherming van levende donoren te verzekeren ten einde de kwaliteit en veiligheid van voor transplantatie bestemde organen optimaal te garanderen”. De wetgever meende dat deze bescherming ontbreekt indien orgaanwegname bij minderjarigen die wegens hun geestestoestand hun wil niet kunnen uiten, toegelaten is. Hiertegen kan worden ingebracht dat de Europese Unie slechts een regelgevende bevoegdheid met betrekking tot de kwaliteit en veiligheid van organen heeft (art. 168, lid 4, a VWEU),³⁵¹³ maar helemaal niet bevoegd is om bindende regelgeving uit te vaardigen over de voorwaarden voor orgaandonatie op zich (art. 168, lid 7 *in fine* VWEU). Artikel 15, § 1 kan m.i. dus bezwaarlijk worden geïnterpreteerd als een verplichting tot een verbod op wilsonbekwame donoren, wat puur een kwestie van orgaandonatie in plaats van orgaankwaliteit en -veiligheid betreft.³⁵¹⁴ Artikel 15, § 1 is hoe dan ook onvoldoende duidelijk om dergelijk verbod te rechtvaardigen. Ze heeft immers de optimale kwaliteit en veiligheid van ‘organen’ als oogmerk, wat veeleer te maken heeft met de bescherming van de ontvanger (bv. tegen ziekteoverdracht). Het is vreemd om de bescherming van de donor louter ten dienste te stellen van de *orgaankwaliteit* en -veiligheid. Een absoluut verbod is inderdaad als zodanig de ‘hoogst mogelijke bescherming’, maar is daarom nog niet de optimale belangenafweging. Aan deze afweging gaat de wetgever helaas voorbij.

Daarnaast meende de wetgever ook nog dat de risico’s van leverkwabwegname te schadelijk zijn om de ouders toe te laten om te kunnen toestemming tot orgaanwegname in naam van de wilsonbekwame minderjarige.³⁵¹⁵ Dit rechtvaardigt echter nog niet waarom ook *nierwegname* bij wilsonbekwame minderjarigen absoluut verboden moet zijn. Een antwoord op het toelaatbaarheidsvraagstuk vereist een grondigere analyse.

§ 2. VOORSTEL TOT VOORWAARDELIJKE TOELATING

760. In wat volgt zal worden beargumenteerd dat de houding van de Belgische wetgever ten aanzien van wilsonbekwame minderjarigen té restrictief is.³⁵¹⁶ Deze theorievorming bestaat uit twee luiken. Eerst wordt nagegaan welke beslissingsstandaard de vertegenwoordiger moet

³⁵¹⁰ Raad van Europa: art. 20 EVRM-Bio en art. 14 Transplantatieprotocol EVRM-Bio. Zie ook Frankrijk: art. L1231-2, art. L1241-3 en art. L1241-4 Code de la Santé Publique. Zie goedkeurend: H. NYS, *Recht en bio-ethiek*, 2010, 138 en 139, die spreekt van een ‘internationale consensus’.

³⁵¹¹ Art. 17, § 3, lid 1 Orgaantransplantatiewet.

³⁵¹² Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2011-12, nr. 53-2158/1, 7 en 27.

³⁵¹³ Zie reeds *supra* Deel II, Hoofdstuk I, Afd. 2 van dit Deel.

³⁵¹⁴ Anders oordelen, dreigt deze bevoegdheidsafbakening uit te hollen. De bevoegdheidsbeperking van art. 168, lid 7 *in fine* VWEU moet juist begrepen worden als een middel om de regelgevende macht van de Europese Unie weg te houden van ethisch gevoelige kwesties waarover geen consensus bestaat (vgl. ook A.-M. FARRELL, “Adding Value? EU Governance of Organ Donation and Transplantation”, *EJHL* 2010, (51) [58 en] 71; L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 213 [234]). Het was logischer geweest indien de wetgever zou hebben verwezen naar art. 13, § 1 Richtlijn 2010/53/EU, dat stelt dat de donaties van levende en overleden donoren ‘vrijwillig’ moeten zijn. Maar ook deze bepaling kan uiteindelijk geen totaalverbod op orgaanwegname bij wilsonbekwamen vereisen. Art. 14 Richtlijn 2010/53/EU bevestigt net dat de lidstaten vrij zijn om te bepalen hoe de ‘instemming’ of ‘toestemming’ geregeld wordt (vgl. advies van de Raad van State, *Parl. St. Kamer* 2011-12, nr. 53-2158/1, 59). Dit sluit niet uit dat een ander persoon dan de donor beslist voor rekening van deze laatste.

³⁵¹⁵ Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2011-12, nr. 53-2158/1, 27-28.

³⁵¹⁶ Dit deel is een nadere uitwerking van: N. BROECKX, “Living Organ Donation and Minors: A Major Dilemma”, *EJHL* 2013, (41) 48 e.v.

hanteren en hoe dit juridisch kan worden vertaald in wetgeving (*infra* A). Vervolgens wordt onderzocht welke partij het best geschikt is om deze beslissingsstandaard te hanteren en dus als vertegenwoordiger moet optreden (*infra* B). Het is aangewezen om deze beslissing in een wettelijk kader te gieten en zo enige rechtszekerheid te scheppen.³⁵¹⁷ Deze wettelijke toelating is van belang voor de strafrechtelijke immuniteit van de wegnemende arts.³⁵¹⁸ Hieronder zal dan ook gezocht worden naar de bouwstenen voor zo'n wettelijke regeling.

A. De beslissingsstandaard

1. Verbod op vertegenwoordiging inzake de fysieke integriteit?

761. De vraag rijst of een vertegenwoordiger überhaupt in naam van een ander moet kunnen beslissen over orgaanwegneming. Het lijkt geen twijfel dat minderjarigen net als meerderjarigen een recht op fysieke integriteit (incl. een afweer- en zelfbepalingsrecht) bezitten.³⁵¹⁹ Het verschil is dat wilsonbekwamen dit recht in principe niet zelfstandig kunnen uitoefenen. Volgens R.A. Topping en S. Perrick is daarmee de kous af, nu zij menen dat de persoonlijke aard van orgaanwegneming bij een wilsonbekwame zich verzet tegen toestemming door een ander.³⁵²⁰ Zo wordt een absolute invulling gegeven aan het principe dat persoonlijkheidsrechten (incl. het recht op fysieke integriteit) niet vatbaar zijn voor algemene vertegenwoordiging.³⁵²¹ Deze visie gaat echter te ver. Opdat wilsonbekwamen effectief sociaal en juridisch zouden kunnen bestaan en beschermd kunnen worden, moet vertegenwoordiging ook inzake de fysieke persoonlijkheidsrechten principieel mogelijk zijn.³⁵²² Het probleem ligt veeleer bij de vraag *hoe* de vertegenwoordiger moet beslissen.

2. Subjectieve of objectieve beslissingsstandaard?

a. Substituted judgment

762. Aan het ene uiterste van het vertegenwoordigingsspectrum ligt de *substituted judgment*-standaard ('vervangende oordeel'). Deze standaard vereist in essentie dat de vertegenwoordiger beslist zoals de wilsonbekwame zou hebben gedaan indien deze wilsbekwaam zou zijn geweest, rekening houdende met o.a. de gekende levenswaarden, de houding tegenover de betreffende ingreep en de voorgaande wilsverklaringen van de betrokkene.³⁵²³ Het betreft bijgevolg een

³⁵¹⁷ A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, 1999, 160, 161 en 164.

³⁵¹⁸ Vgl. *supra* Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2 van dit Deel. Het misdrijf 'slagen en verwondingen' (art. 398 e.v. Sw.) is van toepassing ongeacht de leeftijd of het bekwaamheidsstatuut. De minderjarigheid of leeftijd zouden wel een verzwarende omstandigheid uitmaken (art. 405bis-405ter Sw.). Een gelijkaardige strafverwaringsgrond kan ook in de voorgestelde wettelijke regeling omtrent orgaanwegneming bij wilsonbekwamen geïncorporeerd worden. Zie ook: art. 422quater Sw. (misbruik van zwak oordeelsvermogen met ernstige aantasting van de fysieke integriteit tot gevolg).

³⁵¹⁹ Zie *supra* Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, C van dit Deel.

³⁵²⁰ R.A. TORRINGA, "Transplantatie an menselijke organen", *Ars Aequi* 1970, (1) 7; S. PERRICK, "Schenking van organen. Enkele juridische aspecten", *TvGR* 1979, (141) 144. Zie ook: Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 1980-81, nr. 774-1, 6; W. DREESSEN, o.c., *Jura Falc.* 1984-85, (500) 513 (weliswaar dubbelzinnig).

³⁵²¹ Zie voor dit principe: H. DE PAGE, door J.-P. MASSON, *Traité. Les personnes II. Vol. I*, Brussel, Bruylant, 1990, 49, nr. 27C; F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het burgerlijk recht*, 2001, 464.

³⁵²² J. FIERENS en G. MATHIEU, "Les droits de la personnalité des personnes mineures ou vulnérables" in J.-L. RENCHON (ed.), *Les droits de la personnalité*, Brussel, Bruylant, 2009, (253) 257 en 262. Zie ook: X. DIJON, *Le sujet de droit en son corps*, 1982, 134-136; F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het burgerlijk recht*, 2001, 587; I. BOONE, o.c., *TPR* 1996, (91) 111; M.T. MORLEY, o.c., *Yale L.J.* 2001-02, (1215) 1232. Vgl. art. 12, § 1 Wet Patiëntenrechten.

³⁵²³ *Strunk v. Strunk* [1969] 445 S.W.2d 145 (Ky 1969); Dissenting opinion van Justice Day in *In re Guardianship of Pescinski*, [1975] 67 Wis. 2d 4; J.K. ROBBENOLT, V. WEISZ en C.M. LAWSON, "Advancing the rights of children and adolescents to be altruistic: bone marrow donation by minors", *J.L. & Health* 1994-95, (213) 221; F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het burgerlijk recht*, 2001,

subjectieve standaard. De beslissing kan daardoor ingaan tegen wat objectief gezien in het belang van de onbekwame is.³⁵²⁴

Een sterk argument *pro* deze standaard is dat hiermee zoveel mogelijk de autonomie en het zelfbepalingsrecht van de wilsonbekwame kan worden geëerbiedigd.³⁵²⁵ Echter, deze beslissingstandaard is logischerwijze niet toepasselijk voor personen die nog nooit wilsbekwaam zijn geweest, zoals het geval is voor de meeste wilsonbekwame minderjarigen.³⁵²⁶ Er zijn dan geen (betrouwbare) elementen beschikbaar op basis waarvan de wil van de wilsonbekwame kan worden ge(re)construeerd, zodat de beslissing veeleer dreigt te zijn gebaseerd op de eigen wensen van de vertegenwoordiger.³⁵²⁷ Bijgevolg is de *substituted judgment*-standaard niet de ideale beslissingsstandaard voor wilsonbekwame minderjarigen.³⁵²⁸

b. Best interest

763. Aan het andere uiterste van het vertegenwoordigingsspectrum ligt de *best interest*-standaard ('beste belang'). Deze standaard impliceert in zijn striktste vorm dat de vertegenwoordiger enkel mag toestemmen indien *objectief* gezien de voordelen van de ingreep opwegen tegen de nadelen, zonder dat de wensen van de wilsonbekwame achterhaald moeten kunnen worden.³⁵²⁹ Vanuit ethisch perspectief betreft het een afweging tussen de principes van *non-maleficence* en *beneficence*.³⁵³⁰ In wezen loopt deze standaard gelijk met de evenredigheidsafweging die ook bij wilsbekwame donoren moet worden gemaakt.³⁵³¹

De *best interest*-standaard is ideaal voor gevallen waarin de *substituted judgment*-standaard niet kan worden toegepast, zoals bij de wilsonbekwame minderjarigen. Aldus moet hier de *best interest*-standaard gehanteerd worden.³⁵³² Maar ook deze standaard is niet vrij van kritiek. Een belangrijk kritiekpunt is dat deze standaard geen concrete houvast biedt om het

626; S.L. NYGREN, "Organ donation by incompetent patients: a hybrid approach", *U. Chi. Legal F.* 2006, (471) 480-481; Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 67.

³⁵²⁴ B.A. SCHENBERG, *o.c.*, *Ind. Health L. Rev.* 2007, (319) 328-330.

³⁵²⁵ S.L. NYGREN, *o.c.*, *U. Chi. Legal F.* 2006, (471) 482, die als voordeel ook 'closure for relatives and friends' noemt; B.A. SCHENBERG, *o.c.*, *Ind. Health L. Rev.* 2007, (319) 332.

³⁵²⁶ *Curran v. Bosze* [1990] 141 Ill.2d 473 (beenmergdonatie); A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, 1999, 139; B. SHARTLE, *o.c.*, *La. L. Rev.* 2001, (433) 449; M.T. MORLEY, *o.c.*, *Yale L.J.* 2001-02, (1215) 1234-1235; T.V. SANKOORIKAL, "Using scientific advances to conceive the "perfect" donor: the Pandora's box of creating child donors for the purpose of saving ailing family members", *Seton Hall L. Rev.* 2001-03, (583) 615; S.L. NYGREN, *o.c.*, *U. Chi. Legal F.* 2006, (471) 487; B.A. SCHENBERG, *o.c.*, *Ind. Health L. Rev.* 2007, (319) 333-334; K. BONK, *o.c.*, *Child. Legal Rts. J.* 2008, (45) 47; L. CAPITAINÉ *et al.*, *o.c.*, *Liver Transplantation* 2013, (649) 653.

³⁵²⁷ R.M. VEATCH, "Limits of Guardian Treatment Refusal: A Reasonableness Standard", *Am. J.L. & Med.* 1983-84, (428) 440; J.K. ROBBENOLT, V. WEISZ en C.M. LAWSON, *o.c.*, *J.L. & Health* 1994-95, (213) 226; C. CHEYETTE, "Organ harvests from the legally incompetent: an argument against compelled altruism", *B.C. L. Rev.* 1999-00, (465) 487; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 354.

³⁵²⁸ Voor de hypothese dat de minderjarige voorheen wél wilsbekwaam is geweest, wordt *mutatis mutandis* verwezen naar het voorstel inzake wilsonbekwame meerderjarigen *infra* Afd. 3, § 2 van dit Hoofdstuk.

³⁵²⁹ J.K. ROBBENOLT, V. WEISZ en C.M. LAWSON, *o.c.*, *J.L. & Health* 1994-95, (213) 222; S.L. NYGREN, *o.c.*, *U. Chi. Legal F.* 2006, (471) 488-489; B.A. SCHENBERG, *o.c.*, *Ind. Health L. Rev.* 2007, (319) 336-337.

³⁵³⁰ D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 347; Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 67.

³⁵³¹ Zie *supra* Hoofdstuk IV, Afd. 1 van dit Deel.

³⁵³² Zie ook: art. 22bis, lid 4 GW; art. 15, § 2 Wet Patiëntenrechten; art. 24, lid 2 HGEU; art. 3, lid 1 Kinderrechtenverdrag; art. 7, lid 2 Gehandicaptenverdrag; art. 6, lid 1 EVRM-Bio; *Strunk v. Strunk* [1969] 445 S.W.2d 145; *In re Richardson*, [1973] 284 So.2d 185; *In re Guardianship of Pescinski*, [1975] 67 Wis. 2d 4; *Little v. Little* [1979] 576 S.W.2d 493; R. STETTER, *o.c.*, *La. L. Rev.* 1974-75, (551) 556 en 559; Juridische nota, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220/9, 53; A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, 1999, 121 en 204; T.V. SANKOORIKAL, *o.c.*, *Seton Hall L. Rev.* 2001-03, (583) 612; J. HERRING, *Medical law and ethics*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 369; M. STAUCH, K. WHEAT en J. TINGLE, *Text, Cases and Materials on Medical Law*, Abingdon, Routledge-Cavendish, 2006 (3^{de} ed.), 573. Anders: art. 7, 1^o Wet Medische Experimenten (toestemming op basis van de 'veronderstelde wil' van de minderjarige).

belang van de wilsonbekwame te bepalen, zodat willekeur dreigt.³⁵³³ Om deze kritiek tegen te gaan, zal hieronder gezocht worden naar concrete parameters voor de belangenbeoordeling.

3. Concretisering van de beslissingsstandaard

a. Aard van de voor- en nadelen

764. De toepassing van de *best interest*-standaard wordt bemoeilijkt doordat weinig wetenschappelijke zekerheid bestaat over de gevolgen van orgaanwegneming bij minderjarigen.³⁵³⁴ Toch kan hierover een beeld worden gevormd door te vergelijken met de gekende gevolgen voor meerderjarige donoren. Aldus kan gezegd worden dat orgaanwegneming bij wilsonbekwame minderjarigen op *lichamelijk* vlak doorgaans geen rechtstreekse voordelen, maar slechts nadelen zal meebrengen.³⁵³⁵ Autotransplantatie en dominotransplantatie vormen hierop uitzonderingen; deze zullen wél gepaard gaan met een (significant) lichamelijk voordeel voor de (domino)donor. Autotransplantatie valt buiten het toepassingsgebied van de Orgaantransplantatiewet,³⁵³⁶ zodat het verbod van artikel 7 hier niet op van toepassing is. Voor dominotransplantatie moet, zoals in Frankrijk,³⁵³⁷ een uitzondering op het verbod van artikel voorzien worden.

Bij overige orgaantransplantatie kan, zoals hierboven, worden gepleit voor meer terughoudendheid ten aanzien van orgaanwegneming bij minderjarigen omdat de lange termijnrisico's wel eens hoger zouden kunnen zijn dan bij volwassenen. De wilsonbekwaamheid lijkt nog een bijkomende *caveat* te vereisen. Het (lange termijn-)risico dreigt bij wilsonbekwamen nog groter te kunnen zijn omdat zij niet steeds het nodige begrip zullen hebben om zich voor te bereiden op complicaties en de nodige remedies (m.n. de regelmatige nood aan nierdialyse bij nierinsufficiëntie).³⁵³⁸ Dit risico kan wederom genuanceerd worden indien de minderjarige binnen afzienbare tijd de wilsbekwaamheid zal bereiken.

765. Nu er geen doorslaggevende lichamelijke voordelen voor de wilsonbekwame donor zullen zijn, komt het vinden van een voordeel op *psychosociaal* vlak centraal te staan. Onderzoek bij volwassenen en adolescenten heeft uitgewezen dat beduidende psychosociale baten (bv. verhoogde zelfwaarde, behoud of verbetering van relatie met de ontvanger) uit de orgaanwegneming kunnen voortvloeien.³⁵³⁹ Gelijkaardige baten zijn denkbaar in geval van minderjarige donoren. Dit gaat uiteraard echter ook op voor de psychosociale risico's. Voor

³⁵³³ J.A. ROBERTSON, *o.c.*, *Colum. L. Rev.* 1976, (48) 56; L.A. JANSEN, *o.c.*, *Camb. Q. Healthc. Ethics* 2004, (133) 134; S. ELLISTON, *The best interests of the child in healthcare*, 2007, 17; J. MUNBY, "Consent to treatment: patients lacking capacity and children" in A. GRUBB, J. LAING en J. MCHALE (eds.), *Principles of medical law*, Oxford, Oxford University Press, 2010 (3^{de} ed.), (491) 548. Vgl. F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het burgerlijk recht*, 2001, 625. Zie echter: *Bonner v. Moran* [1941] 126 F.2d 121, waar voor een huiddonatie van een 15-jarige aan een ver weg wonende nicht toestemming van de ouders van de donor vereist was, hoewel de donatie niet in zijn belang/voordeel was.

³⁵³⁴ K. THYS *et al.*, "Could minors be living kidney donors? A systematic review of guidelines, position papers and reports", *Transpl. Int.* 2013, (949) 956.

³⁵³⁵ Vgl. *supra* Hoofdstuk IV, Afd. 1, § 2, A.1. van dit Deel.

³⁵³⁶ Zie *supra* Deel II, Hoofdstuk III, Afd. 2, § 1, B.4.

³⁵³⁷ Art. L1235-2 Code de la Santé Publique; J.-R. BINET, "Respect et protection du corps humain" in J. BECQUE (ed.), *Juris Classeur: droit civil*, Parijs, Éditions techniques, 2006, *currents*, art. 16 à 16-13: fasc. 22, nr. 82.

³⁵³⁸ K. VAN ASSCHE, G. GENICOT en S. STERCKX, "Living Organ Procurement from the Mentally Incompetent: The Need for More Appropriate Guidelines", *Bioethics* 2012, (1) 5; Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 74-75.

³⁵³⁹ Zie *supra* Hoofdstuk IV, Afd. 1, § 2, B van dit Deel en A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, 1999, 142; K. VAN ASSCHE, G. GENICOT en S. STERCKX, *o.c.*, *Bioethics* 2012, (1) 6; Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 89.

jonge donoren wordt zelfs aan een bijkomend risico gedacht: de spijt dat men later niet meer kan doneren wanneer iemand van het nog te stichten gezin een orgaan nodig heeft.³⁵⁴⁰ Bovendien zou een mislukte transplantatie meer dan bij volwassenen tot sterke schuldgevoelens voor de minderjarige hieromtrent leiden.³⁵⁴¹

In de (voornamelijk oudere) rechtsleer hebben sommige auteurs verdedigd dat vertegenwoordiging inzake orgaanwegneming *niet* in het belang van de wilsonbekwame donor kan zijn.³⁵⁴² Met deze strikte opvatting wordt met andere woorden de mogelijkheid dat dergelijk psychosociaal voordeel opweegt tegen de nadelen, resoluut afgewezen. Bijgevolg meent H. Nys dat een wettelijk verbod op orgaanwegneming bij wilsonbekwamen gerechtvaardigd is.³⁵⁴³ Dergelijk verbod zou zonder twijfel de grootste rechtszekerheid en bescherming tegen misbruik bieden.³⁵⁴⁴

Deze oplossing komt mij evenwel te strikt en onrealistisch over. Nierwegneming bij wilsonbekwamen werd in de Amerikaanse rechtspraak al verschillende keren toegestaan op grond van psychosociale baten wanneer er een sterke emotionele relatie bestond tussen de wilsonbekwame donor en de ontvanger.³⁵⁴⁵ Er kan dan inderdaad worden aangenomen dat deze donor psychosociaal voordeel kan ondervinden doordat het leven van de ontvanger wordt gered of zijn gezondheid aanzienlijk wordt verbeterd. Het voordeel is dan het vermijden van het psychologische, emotionele nadeel ingevolge de dood of de ziekte van de ontvanger. Het is goed mogelijk dat dit voordeel opweegt tegen het nadeel voor de donor.³⁵⁴⁶ Een absoluut verbod op orgaanwegneming bij de wilsonbekwame kan bijgevolg strijdig zijn met zijn belang.³⁵⁴⁷ Een evenwichtigere juridische oplossing dan een absoluut verbod is wenselijk.

766. Niettemin moet steeds voorzichtig worden omgesprongen met het hanteren van het psychosociaal voordeel als rechtvaardigende factor. Dit voordeel baadt immers in een sfeer van onzekerheid. Wilsonbekwamen (m.n. zeer jonge of zwaar mentaal gehandicapte personen) zullen niet steeds het nodige cognitieve en sociale bewustzijn bezitten om bv. verhoogde zelfwaarde of de voortgezette emotionele band als bron van een voldoende sterk psychosociaal

³⁵⁴⁰ Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 91-92; M. CAMPBELL, e.a., o.c., *Am. J. Transpl.* 2013, (1643) 1647.

³⁵⁴¹ B. SINDIC, o.c., *Ann. Dr. Louvain* 2002, (225) 265.

³⁵⁴² R. DIERKENS, *Lichaam en lijk*, 1962, 57 (psychisch trauma voor de minderjarige); J.-P. DOLL, *La discipline des greffes, des transplantations et des autres actes de disposition concernant le corps humain*, 1970, 75 (behoudens aan stervende broer of zus); J.E.M. AKVELD, *Transplantatie en wetgeving*, 1987, 92 en 95-96; J. MATTHIJS, o.c., *RW* 1971-72, (161) 174; Juridische nota, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220/9, 53; H. NYS, o.c., *EJHL* 1994, (137) 145; I. BOONE, o.c., *TPR* 1996, (91) 107 en 109; A. BELHOUS, o.c., *Con. M.* 2008, (27) 32. In die zin ook: A. PASCALEV et al., "Ethical Analysis of the Arguments for and against Living Organ Donation" in F. AMBAGTSHEER en W. WEIMAR (eds.), *The EUOD Project. Living Organ Donation in Europe. Results and Recommendations*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2013, (53) 54 en 65.

³⁵⁴³ H. NYS, "Doelstellingen, leidende beginselen en mogelijke beperkingen" in H. NYS (ed.), *De Conventie Mensenrechten en Biogeneeskunde van de Raad van Europa. Inhoud en gevolgen voor patiënten en hulpverleners*, Antwerpen, Intersentia, 1998, (43) 53 (op basis van art. 6 EVRM-Bio).

³⁵⁴⁴ Vgl. A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, 1999, 128 en 144; S.L. NYGREN, o.c., *U. Chi. Legal F.* 2006, (471) 496; L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 79 en 279; K. VAN ASSCHE, G. GENICOT en S. STERCKX, o.c., *Bioethics* 2012, (1) 3.

³⁵⁴⁵ *Strunk v. Strunk* [1969] 445 S.W.2d 145; *Hart v. Brown* [1972] 29 Conn.Supp. 368, 289 A.2d 386; Dissenting opinion van Justice Day in *In re Guardianship of Pescinski*, [1975] 67 Wis. 2d 4; *Little v. Little* [1979] 576 S.W.2d 493; D.L. COLEMAN, o.c., *Cardozo L. Rev.* 2014, (1289) 1304, over de *Harrison cases*. Zie a contrario: *In re Guardianship of Pescinski*, [1975] 67 Wis. 2d 4 (onverschilligheid van de wilsonbekwame t.a.v. zijn omgeving; geen toelating tot orgaandonatie); *Curran v. Bosze* [1990] 141 Ill.2d 473 (3,5 jarige ondervindt geen psychologisch voordeel bij beenmergwegneming wegens gebrek aan hechte persoonlijke band).

³⁵⁴⁶ A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, 1999, 143; Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 81.

³⁵⁴⁷ Zie ook: B.A. SCHENBERG, o.c., *Ind. Health L. Rev.* 2007, (319) 357; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 360; K. VAN ASSCHE, G. GENICOT en S. STERCKX, "Using Mentally Incompetent Adults as Living Organ Donors: Widely Diverging Regulations in Europe", *EJHL* 2012, (441) 461; Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 93; L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 279-280 en 281.

voordeel te ervaren.³⁵⁴⁸ Op basis hiervan kan alvast - anders dan in artikel 53 Code geneeskundige plichtenleer³⁵⁴⁹ - gezegd worden dat permanent en volledig wilsonbekwamen (bv. onomkeerbare coma, PVS) zeker geen psychosociaal voordeel zullen ervaren³⁵⁵⁰ en dus volgens de *best interest*-standaard geen donor bij leven kunnen zijn.³⁵⁵¹

Niettemin leidt de moeilijk in te schatten aard van het psychosociale voordeel m.i. niet tot een onoverkomelijk bezwaar tegen ieder geval van orgaanwegname bij wilsonbekwamen.³⁵⁵² Aan het risico op lichtzinnige aanvaarding³⁵⁵³ van dergelijk voordeel kan tegemoetgekomen worden via de bewijsstandaard. In plaats van een absoluut verbod moet men veeleer bewust zijn van de bewijsmoeilijkheid en enkel tot orgaanwegname overgaan indien het *duidelijk en overtuigend* is dat de voordelen opwegen tegen de nadelen (*clear benefit*-standaard).³⁵⁵⁴ In die zin kan worden geëist dat het verwachte voordeel voor de wilsonbekwame donor significant of substantieel moet zijn.³⁵⁵⁵ In Nederland wordt reeds vereist dat de donor een ‘zwaarwegend belang heeft bij het afwenden van het levensgevaar van de ontvanger’.³⁵⁵⁶ Ook voor België zou bij wet vereist moeten worden dat de wegneming voor de wilsonbekwame donor een ‘kennelijk voordeel’ (of iets in die zin) meebrengt. Dit impliceert bv. dat het doorgaans niet zal volstaan dat de wilsonbekwame pas in de verre toekomst verwacht wordt om psychosociaal voordeel van de orgaanwegname te ondervinden. In dat geval zal dit voordeel immers normalerwijze niet met voldoende zekerheid vaststaan.³⁵⁵⁷ Door de strenge bewijsstandaard zal het psychosociaal voordeel niet snel aanvaard kunnen worden, zodat orgaanwegname bij de wilsonbekwame eerder zeldzaam zal zijn.³⁵⁵⁸ Garwood-Gowers vatte de gewenste houding goed samen: “*Each case really turns on an educated guess which makes it important that one does not ‘push the boat out too far’*”.³⁵⁵⁹

³⁵⁴⁸ Zie o.a.: dissenting opinion van Judge Steinfeld in *Strunk v. Strunk* [1969] 445 S.W.2d 145 (Ky 1969); T.H. MURPHY, “Minor Donor Consent to Transplant Surgery: A Review of the Law”, *Marq. L. Rev.* 1978-79, (149) 160; C.H. BARON, M. BOTSFORD en G.F. COLE, o.c., *B.U.L. Rev.* 1975, (159) 181; L. DELANY, “Protecting children from forced altruism: the legal approach”, *BMJ* 1996, 240; A.G., “[Commentary on *Re Y*]”, *Med. L. Rev.* 1996, (205) 206; A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, 1999, 158-159; P. DE CRUZ, *Comparative healthcare law*, Londen, Cavendish, 2001, 280; R.J. DEVETTERE, *Practical decision making in health care ethics*, Washington, Georgetown University Press, 2000, 537; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 351-352; J. MUNBY, o.c. in A. GRUBB, J. LAING en J. MCHALE (eds.), *Principles of medical law*, 2010 (3^{de} ed.), (491) 567; Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 75; K. VAN ASSCHE, G. GENICOT en S. STERCKX, o.c., *Bioethics* 2012, (1) 6-7.

³⁵⁴⁹ Deze (juridisch niet-bindende) deontologische bepaling luidt: “*Bij preleveren van weefsels of organen “ex vivo” met het oog op transplantaties, wordt verondersteld dat de donor of, bij onomkeerbaar coma, diens wettelijke vertegenwoordigers, voorafgaandelijk hun toestemming hebben gegeven (...)*”.

³⁵⁵⁰ Zie ook: R.J. DEVETTERE, *Practical decision making in health care ethics*, 2000, 136.

³⁵⁵¹ Indien de wilsonbekwame een voorafgaande wilsverklaring omtrent orgaanwegname heeft opgesteld, dan is donatie echter niet geheel uitgesloten (zie uitgebreider *infra* Afd. 3, § 2 van dit Hoofdstuk).

³⁵⁵² Zie ook: D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 352.

³⁵⁵³ Dergelijke kritiek werd reeds gericht tot bepaalde Amerikaanse rechtspraak, zoals in de zaak *Strunk: Nathan v. Farinelli*, Massachusetts Supreme Judicial Court nr. 74-87, Equity, 3 juli 1974, *ILJ* 1974, 411; G.J. BANKS, “Legal & Ethical Safeguards: Protection of Society’s Most Vulnerable Participants in a Commercialized Organ Transplantation System”, *Am. J.L. & Med.* 1995, (45) 90; K. VAN ASSCHE, G. GENICOT en S. STERCKX, o.c., *Bioethics* 2012, (1) 6.

³⁵⁵⁴ L. LEBIT, “Compelled Medical Procedures Involving Minors and Incompetents and Misapplication of the Substituted Judgment Doctrine”, *J.L. & Health* 1992-93, (107) 128-129; K. VAN ASSCHE, G. GENICOT en S. STERCKX, o.c., *Bioethics* 2012, (1) 7; G.J. BANKS, o.c., *Am. J.L. & Med.* 1995, (45) 88-89; Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 69 en 73; D.L. COLEMAN, o.c., *Cardozo L. Rev.* 2014, (1289) 1353-1354.

³⁵⁵⁵ Vgl. R. STETTER, o.c., *La. L. Rev.* 1974-75, (551) 557; dissenting opinion van Judge Steinfeld in *Strunk v. Strunk* [1969] 445 S.W.2d 145 (Ky 1969); *Little v. Little* [1979] 576 S.W.2d 493; L. HAGGER, *The child as vulnerable patient: protection and empowerment*, Farnham, Ashgate, 2009, 62-63; UNESCO, *Casebook on Benefit and Harm*, Bioethics Core Curriculum Series nr. 2, Parijs, UNESCO, 2011, 81.

³⁵⁵⁶ Art. 4, lid 1 en art. 5, lid 2 Wet op de Orgaandonatie.

³⁵⁵⁷ Vgl. *Curran v. Bosze* [1990] 141 Ill.2d 473 (geen duidelijk en overtuigend bewijs mogelijk inzake beenmergdonatie door 3,5-jarigen). Zie weliswaar: B. SINDIC, o.c., *Ann. Dr. Louvain* 2002, (225) 270, die het wél denkbaar achtte dat een minderjarige die nu te jong is om psychosociale voordelen te ervaren, deze later alsnog zou kunnen ervaren (bv. vermijden van schuldgevoel wegens het niet-doneren).

³⁵⁵⁸ K. VAN ASSCHE, G. GENICOT en S. STERCKX, o.c., *Bioethics* 2012, (1) 7.

³⁵⁵⁹ A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, 1999, 142.

b. Aard van de donor-ontvangerrelatie

767. In tegenstelling tot bij wilsbekwamen hebben regelgevers zowel in België als daarbuiten de neiging om orgaan- en weefseldonatie door wilsonbekwamen enkel ten voordele van bloedverwanten toe te laten.³⁵⁶⁰ Dit verwantschapsvereiste kan worden beschouwd als een concretisering van het vereiste van psychosociaal voordeel.³⁵⁶¹ Het bloedverwantschap zal immers vaak waarborgen dat er sprake is van een sterke emotionele band, waaruit dit voordeel zal voortvloeien.³⁵⁶²

Een psychosociaal voordeel zal echter niet uitsluitend bij donatie aan bloedverwanten kunnen bestaan. Zoals al gezegd, is niet het bloedverwantschap maar het emotionele verwantschap bepalend voor het psychosociale voordeel.³⁵⁶³ Dit emotioneel verwantschap kan ook in relaties met niet-bloedverwanten bestaan. Het gaat bijgevolg niet op om wilsonbekwame donoren te beperken tot bloedverwanten.³⁵⁶⁴

768. Men kan zich vervolgens de vraag stellen of orgaanwegname bij een wilsonbekwame beperkt moet worden tot transplantaties ten behoeve van een ontvanger waarmee de wilsonbekwame een hechte emotionele band heeft.

Enerzijds kan gedacht worden aan een voordeel dat niet noodzakelijk een emotionele gehechtheid vanwege de wilsonbekwame veronderstelt. Zo zou dergelijk voordeel gezocht kunnen worden in de verzorging van de donor door de ontvanger.³⁵⁶⁵ Dit zal niet vanzelfsprekend zijn indien de bedoelde verzorging pas in de toekomst zou ontstaan. Zo werd omtrent een nierwegname bij een 17-jarige jongen met een mentale leeftijd van 3 à 4 jaar in de Amerikaanse zaak *in re Richardson* geargumenteed door de eiser dat de ontvanger (de zus van de jongen) dankzij de niertransplantatie voor de jongen zou kunnen zorgen *na* het overlijden van de ouders. De nierwegname werd echter niet in het belang van de jongen geacht, aangezien dit argument volgens het hof hoogst speculatief en in het licht van de feiten hoogst onwaarschijnlijk was.³⁵⁶⁶ Maar zelfs indien de bedoelde verzorging niet louter toekomstig is, dan nog lijkt het moeilijk in te beelden dat een en ander plaats zou vinden zonder een emotionele band ten aanzien van de ontvanger. De onverschilligheid vanwege de wilsonbekwame zou een verzorging door een ander dan de ontvanger of door een gespecialiseerde instelling even geschikt maken, zo lijkt.

³⁵⁶⁰ België: art. 7, § 1 Orgaantransplantatiewet (enkel broers/zussen). Zie ook: Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 100 (nierwegname enkel aan identieke tweeling, dan wel aan broers/zussen). Nederland: art. 4, lid 1 en art. 5, lid 1 en 2 Wet op de Orgaandonatie (enkel bloedverwanten tot en met de tweede graad) Zie evenwel: Rb. 's-Gravenhage 1 oktober 2012, ECLI BX9406, www.rechtspraak.nl (beenmergdonatie aan ontvanger in de vierde graad wegens zeer nauwe emotionele band). Frankrijk: art. L1241-3, al. 1 en 2 en art. L1241-4, al. 1 en 4 Code de la Santé Publique (hematopoëtische cellen uit beenmerg of bloed voor broers/zussen, neven/nichten, tantes/ooms). Raad van Europa: art. 20, lid 2, ii EVRM-Bio en art. 14, lid 2, ii Transplantatieprotocol (enkel broers/zussen). WHO: Commentaar bij guiding principle 4, WHO Guiding Principles on Human Cell, Tissue and Organ Transplantation (2010), <http://www.who.int> (enkel identieke tweelingen).

³⁵⁶¹ K. VAN ASSCHE, G. GENICOT en S. STERCKX, o.c., *EJHL* 2012, (441) 453.

³⁵⁶² D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 352.

³⁵⁶³ Zie *supra* Hoofdstuk IV, Afd. 1, § 2, B.2.c. van dit Deel.

³⁵⁶⁴ A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, 1999, 155 en 165; GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 150; K. VAN ASSCHE, G. GENICOT en S. STERCKX, o.c., *EJHL* 2012, (441) 462-463; L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 280.

³⁵⁶⁵ Memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, 22.358, nr. 3, 12 over de voorwaarde van een 'zwaarwegend belang' in art. 4 en 5 Wet Orgaandonatie; J. HERRING, *Medical law and ethics*, 2006, 369; J. MUNBY, o.c. in A. GRUBB, J. LAING en J. MCHALE (eds.), *Principles of medical law*, 2010 (3^{de} ed.), (491) 567; UNESCO, *Casebook on Benefit and Harm*, Bioethics Core Curriculum Series nr. 2, Parijs, UNESCO, 2011, 80 (over een Israëlische zaak, waar het verzorgingsoordeel *in casu* onvoldoende werd geacht om tegen de nadelen van nierwegname op te wegen). Zie ook: *Matter of John Doe*, 104 A.D.2d 200 (toekomstige gezelschap en belangenbehartiging door broer-ontvanger bij beenmergdonatie door een wilsonbekwame met de mentale leeftijd van 2 jaar weegt als voordeel op tegen de nadelen).

³⁵⁶⁶ *In Re Richardson*, [1973] 284 So.2d 185.

Anderzijds kan gedacht worden aan een voordeel dat wel een emotionele gehechtheid vanwege de donor veronderstelt, maar niet rechtstreeks ten aanzien van de ontvanger. Hiervoor kan worden verwezen naar de Engelse zaak *in re Y* betreffende een beenmergdonatie door een zwaar mentaal gehandicapte vrouw (25 j.) aan haar zus. Hoewel de donor geen erg sterke band had met de kandidaat-ontvanger, bestond deze band blijkbaar wel met de moeder. De ziekte van de zus zou er evenwel toe leiden dat de moeder zich minder zou kunnen bezighouden met de donor, aangezien ze er zelf emotioneel zou onder lijden en bovendien naar verluidt de zorg over het kind van de zus zou moeten opnemen. Om het psychosociaal nadeel van verminderd contact met de moeder te vermijden, werd de beenmergdonatie in het belang van de wilsonbekwame donor geacht.³⁵⁶⁷ Weliswaar betwijfelde de rechtbank zelf al of deze redenering ook zou kunnen opgaan in gevallen waar de chirurgie ingrijpender is dan beenmergdonatie. Aangezien orgaanwegname grotere (lichamelijke) risico's meebrengt, zou het onrechtstreekse psychosociale voordeel onvoldoende zeker kunnen zijn om tegen de nadelen op te wegen.³⁵⁶⁸

Op basis van het voorgaande kan worden gezegd dat voordelen zonder hechte emotionele band met de ontvanger niet volledig ondenkbaar zijn, maar dat ze wellicht niet voldoende zeker zullen zijn om op zich orgaanwegname te rechtvaardigen. De bescherming van de wilsonbekwame is bijgevolg het best gediend door bij wijze van concretisering van het vereiste van kennelijk voordeel (zie *supra*) te vereisen dat de wilsonbekwame donor een hechte emotionele band met de ontvanger heeft. Dit impliceert dat orgaanwegname voor transplantatie bij een volslagen vreemde uitgesloten is.³⁵⁶⁹

c. Aard van het orgaan

769. In Nederland is orgaanwegname bij een wilsonbekwame slechts mogelijk indien dit orgaan regeneert.³⁵⁷⁰ Hierboven werd het regeneratiecriterium al afgewezen omdat dit in het raam van de afweging tussen voor- en nadelen geen pertinent criterium is. Dezelfde redenering gaat ook hier op.³⁵⁷¹

770. Er kan voorts gedacht worden aan een orgaanspecifieke beperking. Zo wordt door verschillende auteurs bepleit dat de wegneming bij wilsonbekwamen van andere organen dan de nieren verboden moet zijn, aangezien enkel dan de risico's voldoende laag kunnen zijn.³⁵⁷² In de huidige stand van de medische wetenschap is deze premisse zeer aannemelijk.

³⁵⁶⁷ *In Re Y. (Mental patient: Bone Marrow Donation)* [1997] Fam. 110. Zie ook: J. HERRING, *Medical law and ethics*, 2006, 369.

³⁵⁶⁸ Zie ook in die zin over *in re Y*: A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, 1999, 162; N. HOPPE en J. MIOLA, *Medical Law and Medical Ethics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, die vinden dat het *best interests*-concept hier te ver wordt uitgerokken. Zie nochtans: *Hart v. Brown* [1972] 29 Conn.Supp. 368, 289 A.2d 386, waar de baten voor de wilsonbekwame nierdonor niet enkel werden gekoppeld aan de band met de ontvanger, maar ook aan het feit dat de donor beter af zou zijn in een gezin dat gelukkig is in plaats van gestresseerd door de ziekte van de ontvanger.

³⁵⁶⁹ R. MUNSON, o.c. in B. STEINBOCK (ed.), *The Oxford handbook of bioethics*, Oxford, Oxford University Press, 2007, (211) 231.

³⁵⁷⁰ Art. 4 en 5 Wet op de Orgaandonatie. Zie ook: GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 75 en 150; art. 20, lid 2 EVRM-Bio art. 14, lid 2 Transplantatieprotocol; D. PRICE, "From Cosmos and Damian to Van Velzen: The Human Tissue Sage Continues", *Med. L. Rev.* 2003, (1) 22.

³⁵⁷¹ Zie *supra* Afd. 1, § 2, B van dit Hoofdstuk. Zie ook: D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 335.

³⁵⁷² K. VAN ASSCHE, G. GENICOT en S. STERCKX, o.c., *EJHL* 2012, (441) 461; Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 83 en 99-100; L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 281. Zie specifiek *contra* leverdonatie door minderjarigen: B. SINDIC, o.c., *Ann. Dr. Louvain* 2002, (225) 279; L. CAPITAIN, *Financial and commodity scarcity in health care. A philosophical analysis of prominent coping mechanisms and solutions in selected settings*, Ugent, Proefschrift, 2014, 240-241; M. ABECASSIS *et al.*, o.c., *JAMA* 2000, vol. 284, (2919) 2921 en 2924; Appendix nr. iv, Recommendation R(97) 16 of the Committee of Ministers to member states on liver transplantation from living related donors, <http://www.coe.int>.

Niettemin zijn toch gevallen denkbaar waarin ook de wegneming van een ander orgaan evenredig kan zijn, zoals bv. onder gelijkaardige omstandigheden als de voornoemde Spaanse *Rocio*-zaak.³⁵⁷³ Bovendien zou een beperking tot *nier*wegname nog niet betekenen dat iedere nierwegname aanvaardbare risico's impliceert. Zo'n orgaanspecifieke beperking kan dus misleidend zijn en zal slechts een beperkte rechtszekerheid bieden. Ten slotte moet de regelgeving met betrekking tot orgaanwegname bij voorkeur bestand zijn tegen de snel evoluerende medische wetenschap. Het lijkt mij dus wijzer om de vraag naar het type orgaan dat kan worden weggenomen, open te laten in de wet.

d. Belangen van de ontvanger

771. De vraag rijst of het therapeutisch voordeel voor de ontvanger kan volstaan om orgaanwegname bij een wilsonbekwame te rechtvaardigen indien er géén psychosociaal voordeel voor deze donor kan worden vastgesteld (utilitaristische benadering).³⁵⁷⁴ Ten aanzien van wilsonbekwamen werd verdedigd dat de belangen van de ontvanger (en van anderen) een rol spelen in de evenredigheidsafweging.³⁵⁷⁵ Weliswaar kan de wilsonbekwame donor zelf bepalen of de orgaanwegname in zijn voordeel is door al dan niet toe te stemmen. Hij kan geenszins gedwongen worden tot orgaanwegname. Dit zou een te verregaande inperking van zijn recht op fysieke integriteit zijn. Het individu staat hier centraal. Het recht op fysieke integriteit van de wilsonbekwame persoon kan even fundamenteel worden geacht. Bij de vertegenwoordiging inzake dit recht moet dus eveneens het belang van de wilsonbekwame centraal staan, wat moeilijk te garanderen valt bij een utilitaristische benadering.³⁵⁷⁶ In principe kunnen dus enkel de belangen van de wilsonbekwame minderjarige zelf orgaanwegname rechtvaardigen.³⁵⁷⁷

Op deze visie bestaat kritiek. Ze wordt verweten dat ze de wilsonbekwamen berooft van hun menselijkheid door geen rekening te houden met het feit dat “*especially when family members are in need, people are often motivated by altruism and empathy*” in plaats van rechtstreeks persoonlijk voordeel.³⁵⁷⁸ Hiertegen kan worden ingebracht dat de belangen van de ontvanger (en van anderen) wél inbegrepen zijn in de *best interest*-afweging, met name wanneer ze bijdragen tot of samenvallen met de belangen van de donor.³⁵⁷⁹

772. Ten aanzien van wilsonbekwame donoren heeft de Belgische wetgever bepaald dat de ontvanger in *levensgevaar* moet verkeren opdat de orgaanwegname geoorloofd kan zijn.³⁵⁸⁰

³⁵⁷³ Zie ook: L. CAPITAINE *et al.*, *o.c.*, *Liver Transplantation* 2013, (649) 654.

³⁵⁷⁴ Vgl. D. STEINBERG, “Kidney transplants from young children and the mentally retarded”, *Theoretical medicine* 2004, (229) 235; S.L. NYGREN, *o.c.*, *U. Chi. Legal F.* 2006, (471) 493-494.

³⁵⁷⁵ Zie *supra* Hoofdstuk IV, Afd. 1, § 3 van dit Deel. Zie ook art. 6, § 1 Orgaantransplantatiewet.

³⁵⁷⁶ J.A. ROBERTSON, *o.c.*, *Colum. L. Rev.* 1976, (48) 51; H.D. FRIEDMAN, “The Greatest Gift, But at What Cost? – Objections to Court-Compelled Organ Donation in Aid of a Family Member”, *J. Fam. L.* 1991-92, (605) 626-627; S.L. NYGREN, *o.c.*, *U. Chi. Legal F.* 2006, (471) 494-495; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 356, 357 en 358. Vgl. B. LYONS, “Obliging children”, *Med. L. Rev.* 2011, (55) 77-78. Zie ook: Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 66, waar werd gewaarschuwd voor een ‘slippery slope’ ten nadele van de menselijke waardigheid.

³⁵⁷⁷ C.H. BARON, M. BOTSFORD en G.F. COLE, *o.c.*, *B.U.L. Rev.* 1975, (159) 181; K. VAN ASSCHE, G. GENICOT en S. STERCKX, *o.c.*, *Bioethics* 2012, (1) 3. Vgl. *Re Cayouette v. Mathieu*, [1987] R.J.Q. 2230 (beenmergdonatie door 5,5 jarige aan 3 jarige broer); UNESCO, *Casebook on Human Dignity and Human Rights*, Bioethics Core Curriculum Series nr. 1, Parijs, UNESCO, 2011, 52. Schijnbaar *contra*: GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 148.

³⁵⁷⁸ M.T. MORLEY, *o.c.*, *Yale L.J.* 2001-02, (1215) 1241-1242. Zie ook: R.M. DUFALTY, “Bone marrow donations by children: rethinking the legal framework in light of *Curran v. Bosze*”, *Conn. L. Rev.* 1991-92, (211) 237; GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 148; S. ELLISTON, *The best interests of the child in healthcare*, 2007, 21-22 en 37. Zie voor een afweging van andere belangen dan die van de donor: *Hart v. Brown* [1972] 29 Conn.Supp. 368, 289 A.2d 386; *Nathan v. Farinelli*, Massachusetts Supreme Judicial Court nr. 74-87, Equity, 3 juli 1974, *ILJ* 1974, 411.

³⁵⁷⁹ Zie: J. MUNBY, *o.c.* in A. GRUBB, J. LAING en J. MCHALE (eds.), *Principles of medical law*, 2010 (3^{de} ed.), (491) 553-554; L.A. JANSEN, *o.c.*, *Camb. Q. Healthc. Ethics* 2004, (133) 139-140; R.M. VEATCH, *o.c.*, *Am. J.L. & Med.* 1983-84, (428) 436-437.

³⁵⁸⁰ Art. 6, § 1 Orgaantransplantatiewet.

De consensus lijkt te zijn dat ook de orgaanwegname door wilsonbekwamen enkel zou mogen worden toegelaten indien de ontvanger in levensgevaar verkeert.³⁵⁸¹ Hierboven werd al aanvaard dat een wilsonbekwame donor een aanzienlijk psychosociaal voordeel kan halen uit de overleving van een emotioneel gerelateerde ontvanger. Indien de orgaanwegname het levensgevaar van de ontvanger afwendt, dan zal het bestaan van een psychosociaal voordeel sterk gewaarborgd zijn.

Het levensgevaarvereiste zou evenwel de mogelijkheid tot nierwegname sterk uithollen. Strikt genomen zal de ontvanger dankzij de dialyse vaak niet in levensgevaar verkeren.³⁵⁸² Weliswaar zouden minderjarigen dan bv. een gebrek aan aandacht kunnen ervaren wanneer een broer of zus de nierpatiënt is.³⁵⁸³ In het algemeen kan de regelmatige nood aan dialyse zeer belastend zijn voor het gezin.³⁵⁸⁴ Aangezien de gevolgen van nierwegname beperkt kunnen zijn, is het denkbaar dat de wilsonbekwame minderjarige via nierdonatie een psychosociaal voordeel kan halen uit de verlossing van de dialyse. Nierwegname moet dus niet steeds ten gunste van een ontvanger in levensgevaar zijn. Zoals werd verdedigd ten aanzien van de wilsbekwame donoren moet het levensgevaar enkel vereist worden indien de orgaanwegname normalerwijze ernstige gevolgen kan hebben.³⁵⁸⁵

773. Hoe dan ook moet de transplantatie bij de ontvanger een goede kans op succes hebben.³⁵⁸⁶ Dit is logisch aangezien de donor net omwille van de verbetering van de gezondheid van de ontvanger een psychosociaal voordeel kan verkrijgen.³⁵⁸⁷ Zoals voor de regeling inzake wilsbekwame donoren wordt ook hier betoogd dat het succesvereiste in de wet moet worden geschreven.

e. Subsidiariteit

774. Naast het levensgevaarvereiste heeft de Belgische wetgever ten aanzien van wilsbekwame donoren eveneens bepaald dat orgaanwegname bij leven enkel mag indien de transplantatie van organen van een overledene geen even bevredigend resultaat kan opleveren.³⁵⁸⁸ Het gaat om een correlatief van het evenredigheidsprincipe. De *subsidiariteit*

³⁵⁸¹ Dissenting opinion in *In re Guardianship of Pescinski*, [1975] 67 Wis. 2d 4; art. 4, lid 1 en art. 5, lid 2 Wet op de Orgaandonatie; T.H. MURPHY, o.c., *Marq. L. Rev.* 1978-79, (149) 166; GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 150; D. STEINBERG, o.c., *Theoretical medicine* 2004, (229) 237; S.J. TILDEN, "Ethical and legal aspects of using an identical twin as a skin transplant donor for a severely burned minor", *Am. J.L. & Med.* 2005, (87) 93; Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 78 en 100; K. VAN ASSCHE, G. GENICOT en S. STERCKX, o.c., *Bioethics* 2012, (1) 4. Vgl. de overwegingen in verband met urgentie: *Hart v. Brown* [1972] 29 Conn.Supp. 368, 289 A.2d 386; concurring opinion van Judge Gulotta in *In Re Richardson* [1973] 284 So.2d 185; *Hurdle v. Currier* [1977] WL 191146; D.L. COLEMAN, o.c., *Cardozo L. Rev.* 2014, (1289) 1304 (over de *Harrison cases*). Vgl. ook dergelijke overwegingen inzake weefseldonatie door wilsonbekwame minderjarigen: *Nathan v. Farinelli*, Massachusetts Supreme Judicial Court nr. 74-87, Equity, 3 juli 1974, *ILJ* 1974, 411 (beenmergdonatie); *In re S.C.*, no. 180564 (Ala. Prob. Ct. Jan. 2, 2003), zoals weergegeven in D.L. COLEMAN, o.c., *Cardozo L. Rev.* 2014, (1289) 1317 (huiddonatie); art. 20, lid 2, iii EVRM-Bio en art. 14, lid 2 iii Transplantatieprotocol.

³⁵⁸² Zie *supra* Hoofdstuk IV, Afd. 2, § 3, A.3. van dit Deel.

³⁵⁸³ E.S. DE PAULA *et al.*, "Roles assessment in families of children with chronic renal failure on peritoneal dialysis", *International Journal of Nursing Practice* 2008, 215-220.

³⁵⁸⁴ Vgl. *supra*; GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 106.

³⁵⁸⁵ Vgl. *supra* Hoofdstuk IV, Afd. 2, § 3, A.4. van dit Deel.

³⁵⁸⁶ *Hart v. Brown* [1972] 29 Conn.Supp. 368, 289 A.2d 386; *Hurdle v. Currier* [1977] WL 191146. Vgl. met beenmergdonatie: *Matter of John Doe*, 104 A.D.2d 200; *Curran v. Bosze* [1990] 141 Ill.2d 473; T.H. MURPHY, o.c., *Marq. L. Rev.* 1978-79, (149) 166; J.A. ROBERTSON, o.c., *Colum. L. Rev.* 1976, (48) 75; J.B. KORINS, "*Curran v. Bosze*: toward a clear standard for authorizing kidney and bone marrow transplant between minor siblings", *Vt. L. Rev.* 1991-92, (499) 533-534; UNESCO, *Casebook on Benefit and Harm*, Bioethics Core Curriculum Series nr. 2, Parijs, UNESCO, 2011, 79-90; K. VAN ASSCHE, G. GENICOT en S. STERCKX, o.c., *Bioethics* 2012, (1) 4.

³⁵⁸⁷ C. CHEYETTE, o.c., *B.C. L. Rev.* 1999-00, (465) 474; B.A. SCHENBERG, o.c., *Ind. Health L. Rev.* 2007, (319) 358.

³⁵⁸⁸ Art. 6, § 1 Orgaantransplantatiewet. Zie *supra* het pleidooi voor uitbreiding van de subsidiariteitsregel.

moet logischerwijze ook gelden als voorwaarde voor orgaanwegname bij wilsonbekwame donoren.³⁵⁸⁹

775. Specifiek voor orgaanwegname bij wilsonbekwamen is dat de wilsonbekwame donor in principe ook subsidiair wordt geacht ten opzichte van wilsbekwame donoren.³⁵⁹⁰ Dit is m.i. voorlopig zo omdat de psychosociale baten bij wilsbekwame donoren met meer zekerheid gegarandeerd kunnen worden en omdat in het algemeen de lange termijnrisico's beperkter lijken. Dit principe moet evenwel om twee redenen genuanceerd worden.

Ten eerste is het niet uitgesloten dat donatie door de wilsonbekwame een gunstigere kosten-batenafweging meebrengt dan de donatie van de wilsbekwame dankzij een betere compatibiliteit met (en dus grotere genezingskansen voor) de ontvanger. De orgaanwegname bij de wilsonbekwame zal dan de beste manier zijn om zijn psychosociaal voordeel te bereiken en dus stroken met de *best interest*-standaard. In dat geval kan orgaanwegname bij de wilsonbekwame donor toch gerechtvaardigd zijn.³⁵⁹¹ Een wettelijk subsidiariteitsvereiste mag dergelijke orgaanwegname dus enkel verbieden indien de transplantatie van een orgaan van een wilsbekwame levende donor 'geen even bevredigend resultaat oplevert' (kwalitatieve parameter).

Ten tweede vereist deze subsidiariteitsvoorwaarde dat de arts de beschikbaarheid van een wilsbekwame levende donor onderzoekt (kwantitatieve parameter). Er kan worden verdedigd dat redelijke inspanningen moeten worden gedaan om een geschikte wilsbekwame levende donor te vinden alvorens de wilsonbekwame in het vizier komt.³⁵⁹² Weliswaar zijn wilsbekwamen steeds vrij om karakterisering of orgaanwegname te weigeren en zo bewust de wilsonbekwame te laten opdraaien als donor. In dat geval zal er *de facto* geen wilsbekwame levende donor beschikbaar zijn.³⁵⁹³ De wilsonbekwame zal dan nog wel steeds beschermd worden door het vereiste van een (psychosociaal) voordeel.

B. De beslissingsprocedure

776. Hierboven werd verdedigd dat de *best interest*-standaard de meest wenselijke beslissingsstandaard is. Weliswaar is gebleken dat deze standaard slechts in beperkte mate is te vertalen naar precieze wettelijke voorwaarden. In het belang van de wilsonbekwame komt de vertegenwoordiger een zekere vrijheid toe, zodat geval per geval kan worden beoordeeld.³⁵⁹⁴ Dit gaat evenwel gepaard met een risico op willekeur, zodat adequate procedurele waarborgen

³⁵⁸⁹ Zie o.a.: L.F. ROSS, *o.c.*, *J.L. Med. & Ethics* 1993, (251) 253; M. ABECASSIS *et al.*, *o.c.*, *JAMA* 2000, vol. 284, (2919) 2924 (tabel 2); GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 150; B.A. SCHENBERG, *o.c.*, *Ind. Health L. Rev.* 2007, (319) 353; Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 78 en 100; K. VAN ASSCHE, G. GENICOT en S. STERCKX, *o.c.*, *Bioethics* 2012, (1) 4; L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 281. Vgl. art. 4, lid 1 en art. 5, lid 2 Wet op de Orgaandonatie. Zie ook dergelijke overwegingen in: *Strunk v. Strunk* [1969] 445 S.W.2d 145; concurring opinion van Judge Gulotta in *In Re Richardson* [1973] 284 So.2d 185; *In re Guardianship of Pescinski* [1975] 67 Wis. 2d 4; *Hurdle v. Currier* [1977] WL 191146; *Little v. Little* [1979] 576 S.W.2d 493; *Nathan v. Farinelli*, Massachusetts Supreme Judicial Court nr. 74-87, Equity, 3 juli 1974, *ILJ* 1974, 411; *Matter of John Doe*, 104 A.D.2d 200; *Curran v. Bosze* [1990] 141 Ill.2d 473.

³⁵⁹⁰ A.R. HOLDER, *Legal issues in pediatrics and adolescent medicine*, 1977, 178-179; L.F. ROSS, *o.c.*, *J.L. Med. & Ethics* 1993, (251) 253; M. ABECASSIS *et al.*, *o.c.*, *JAMA* 2000, vol. 284, (2919) 2924 (tabel 2); B.A. SCHENBERG, *o.c.*, *Ind. Health L. Rev.* 2007, (319) 353. Vgl. art. 20, lid 2, i EVRM-Bio en art. 14, lid 2, i Transplantatieprotocol; art. L1241-3, al. 4 en art. L1241-4, al. 5 Code de la Santé Publique (hematopoëtische cellen).

³⁵⁹¹ Vgl. A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, 1999, 164, 165 en 204.

³⁵⁹² Vgl. Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 78; K. VAN ASSCHE, G. GENICOT en S. STERCKX, *o.c.*, *Bioethics* 2012, (1) 4.

³⁵⁹³ Vgl. K. VAN ASSCHE, G. GENICOT en S. STERCKX, *o.c.*, *Bioethics* 2012, (1) 4.

³⁵⁹⁴ Vgl. K. BONK, *o.c.*, *Child. Legal Rts. J.* 2008, (45) 50; B.A. SCHENBERG, *o.c.*, *Ind. Health L. Rev.* 2007, (319) 355.

vereist zijn.³⁵⁹⁵ Meer bepaald rijst de vraag via welke actoren de beslissing tot stand moet komen. Vier actoren zijn denkbaar: de ouders (*infra* 1), een multidisciplinair expertencomité (*infra* 2), de jeugdrechter (*infra* 3) en/of de wilsonbekwame minderjarige zelf (*infra* 4).

1. De ouders

777. Voor gezondheidszorg in het algemeen geldt het principe dat de wilsonbekwame minderjarige wordt vertegenwoordigd door zijn ouders.³⁵⁹⁶ Dit kan worden gerechtvaardigd op basis van het vermoeden dat de ouders wegens hun affectieve band met het kind in zijn beste belang zullen handelen en het best zijn wensen kunnen inschatten.³⁵⁹⁷ In het geval van orgaanwegneming bij wilsonbekwame minderjarigen wordt dit principe evenwel aan het wankelen gebracht. De ouders zullen immers met een belangenconflict geconfronteerd worden in de (hoogstwaarschijnlijke)³⁵⁹⁸ hypothese dat de ontvanger één van hun andere kinderen (of een andere geliefde, dan wel één van hen zelf) is.³⁵⁹⁹ Bovendien vereist de objectieve belangenbeoordeling een zekere expertise inzake de (complexe) medische en psychosociale aspecten. De ouders zullen deze vaak niet hebben en dus veeleer hun eigen mening volgen.³⁶⁰⁰ Deze mening is mogelijk over- of onderbeschermend. De *best interest*-standaard vereist daarom een beperking op het ouderlijk gezag: “*Parents may be free to become martyrs themselves. But it does not follow they are free, in identical circumstances, to make martyrs of their children before they have reached the age of full and legal discretion when they can make that choice for themselves*”.³⁶⁰¹

Nochtans kan de betrokkenheid van de ouders niet geheel worden uitgesloten. Dergelijke inmenging in het (fundamentele) recht op gezinsleven kan enkel geoorloofd zijn voor zover dit noodzakelijk is ter bescherming van een legitiem belang, zoals het gezondheidsbelang van de wilsonbekwame minderjarige (art. 8 EVRM).³⁶⁰² *In casu* kan worden gesteld dat het belang van de minderjarige wel degelijk een betrokkenheid van de ouders vereist. Zo zullen ouders normaal hun kind intiem kennen en belangrijke inzichten bezitten inzake het (emotionele en familiale) belang van hun kind.³⁶⁰³ Bovendien is adequate begeleiding en morele steun voor de minderjarige doorheen de donatieprocedure van belang

³⁵⁹⁵ Vgl. supra. Zie ook: H. NYS, o.c., *EJHL* 1994, (137) 145; R.G. HARTMAN, o.c., *Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y* 2008, 67-106.

³⁵⁹⁶ Art. 12, § 2 Wet Patiëntenrechten. Dit geldt enkel voor de ouders die het ouderlijk gezag (art. 372 BW, i.h.b. art. 374, lid 2 BW) dragen. Bij gebrek hieraan zal de voogd (art. 389 e.v. BW) als vertegenwoordiger optreden. Wat hieronder wordt gezegd over de ouders gaat *mutatis mutandis* op voor de voogd.

³⁵⁹⁷ C. LEMMENS, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (817) 822. Zie ook: *Parham v. J.R.* [1979] 442 U.S. 584; T.V. SANKOORIKAL, o.c., *Seton Hall L. Rev.* 2001-03, (583) 602.

³⁵⁹⁸ Gelet op de goede compatibiliteit tussen bloedverwante broers/zussen en de emotionele band die doorgaans tussen hen bestaat.

³⁵⁹⁹ Zie o.a.: R.W. GRINER, “Live Organ Donations Between Siblings and the Best Interest Standard: Time for Stricter Judicial Intervention”, *Ga. St. U.L. Rev.* 1993-94, (589) 602-603; T.V. SANKOORIKAL, o.c., *Seton Hall L. Rev.* 2001-03, (583) 603; B. SINDIC, o.c., *Ann. Dr. Louvain* 2002, (225) 268; B.A. SCHENBERG, o.c., *Ind. Health L. Rev.* 2007, (319) 336 en 343; R. MUNSON, o.c. in B. STEINBOCK (ed.), *The Oxford handbook of bioethics*, 2007, (211) 233; commentaar bij guiding principle 4 WHO Guiding Principles on Human Cell, Tissue and Organ Transplantation (2010), <http://www.who.int>.

³⁶⁰⁰ Vgl. Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 76 en 97; R.M. DUFAULT, o.c., *Conn. L. Rev.* 1991-92, (211) 235.

³⁶⁰¹ *Prince v. Commonwealth of Massachusetts* [1944] 321 U.S. 158 (straatverkoop van tijdschriften van Jehovah's getuigen door 9-jarig kind).

³⁶⁰² Vgl. L. VAN SLYCKEN, “Beschikkingsrecht van de minderjarige over eigen leven en lichaam” in CENTRUM GRONDSLAGEN VAN HET RECHT (ed.), *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen, Maklu, 1996, (243) 259; S. ELLISTON, *The best interests of the child in healthcare*, 2007, 2-3 en 34. Zie ook art. 5 en 18 Kinderrechtenverdrag.

³⁶⁰³ Vgl. J. SAVULESCU, “Substantial harm but substantial benefit”, *BMJ* 1996, (241) 241; S. ELLISTON, *The best interests of the child in healthcare*, 2007, 29-30; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 359; D.L. COLEMAN, o.c., *Cardozo L. Rev.* 2014, (1289) 1357

om psychosociale nadelen (bv. angst, gevoel van verwaarlozing) te vermijden.³⁶⁰⁴ Het zou tegenstrijdig zijn om de ouders van dergelijke ingrijpende beslissing uit te sluiten, terwijl ze nog wel de minderjarige moeten begeleiden in de andere aspecten van het leven (bv. informatieverstrekking over het hele gebeuren, betaling van remgelden en andere kosten, vervoer naar het ziekenhuis). Op basis hiervan kan worden besloten dat de geïnformeerde toestemming van de ouders een noodzakelijke maar onvoldoende voorwaarde voor orgaanwegneming bij wilsbekwame minderjarigen is.³⁶⁰⁵

2. Onafhankelijk, multidisciplinair expertencomité

778. Gelet op de nadelen van een donatiebeslissing die enkel door de ouders van de minderjarige donor zou worden gemaakt, is het m.i. aanbevolen dat een onafhankelijk, multidisciplinair expertencomité eveneens toelating moet geven.³⁶⁰⁶ Het wetsontwerp van artikel 7 Orgaantransplantatiewet bevatte oorspronkelijk al dergelijk vereiste, maar dit werd geschrapt zonder toelichting.³⁶⁰⁷ De onafhankelijkheid zal het gevaar op belangenconflicten van de ouders of van de behandelende artsen kunnen compenseren.³⁶⁰⁸ De aanwezigheid van een gevarieerde expertise waarborgt bovendien dat de complexe medische en psychosociale belangen vakkundig worden afgewogen.³⁶⁰⁹

In België zou hiervoor al een beroep kunnen worden gedaan op het systeem van *donor advocacy*, zoals bewerkstelligd in artikel 8bis Orgaantransplantatiewet (onafhankelijk, multidisciplinair overleg),³⁶¹⁰ alsook via het lokale ethisch comité van het ziekenhuis.³⁶¹¹ Weliswaar vereist dit systeem enig sleutelwerk opdat het voldoende zou zijn afgestemd op de situatie van wilsbekwame minderjarigen. De belangrijkste aanpassingen zijn de volgende. Allereerst geldt dat het multidisciplinair overleg overeenkomstig artikel 8bis slechts een niet-bindende adviesbevoegdheid heeft. De bescherming van minderjarigen vereist dat dit een bindende adviesbevoegdheid wordt. Vervolgens moet worden gewaarborgd dat het comité over

³⁶⁰⁴ Curran v. Bosze [1990] 141 Ill.2d 473 (beenmergdonatie door 3,5-jarige kinderen); B. SHARTLE, o.c., *La. L. Rev.* 2001, (433) 468; B.A. SCHENBERG, o.c., *Ind. Health L. Rev.* 2007, (319) 357; L.F. ROSS en J.R. THISTLETHWAITE, o.c., *Pediatrics* 2008, (454) 457.

³⁶⁰⁵ R.W. GRINER, o.c., *Ga. St. U.L. Rev.* 1993-94, (589) 609; J.B. KORINS, o.c., *Vt. L. Rev.* 1991-92, (499) 537; L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 280. Vgl.: art. 4, lid 2 en art. 5, lid 2 Nederlandse Wet Orgaandonatie.

³⁶⁰⁶ Vgl. T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 118; Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 82; Advies van 18 januari 2014 met betrekking tot de uitbreiding naar minderjarigen van de wet van 28 mei 2002 betreffende de euthanasie, www.zorg-en-gezondheid.be (beoordeling van de wilsbekwaamheid van een minderjarige vereist nauwkeurige evaluatie door een ervaren multidisciplinair pediatrisch team); L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 281. Vgl. art. L1241-3, al. 4 Code de la Santé Publique.

³⁶⁰⁷ Art. 7, § 2 Wetsontwerp betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, *Parl. St. Senaat* 1984-1985, nr. 832-1, 8 en 17: “Wanneer het gaat om een wegneming als bedoeld in artikel 6 is bovendien de goedkeuring vereist van het college van drie geneesheren. Dit college, waarvan de geneesheren die de wegneming of de transplantatie verrichten, geen deel mogen uitmaken, onderzoekt alle mogelijke gevolgen ervan alvorens zijn goedkeuring te geven. Het proces-verbaal houdende de goedkeuring of de weigering wordt gedagtekend en ondertekend door de leden van het college”. Zie ook al: Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 1980-81, nr. 774-1, 7, 17 en 24.

³⁶⁰⁸ Vgl. I. BOONE, o.c., *TPR* 1996, (91) 113; C. TROUET, *Van lichaam naar lichaamsmateriaal. Nader gebruik van cellen en weefsels*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 115; S.L. NYGREN, o.c., *U. Chi. Legal F.* 2006, (471) 500 en 501.

³⁶⁰⁹ Vgl. *Parham v. J.R.* [1979] 442 U.S. 584: “What is best for a child is an individual medical decision that must be left to the judgment of physicians in each case”; J.E.M. AKVELD, “Het Voorstel van wet op de orgaandonatie gewogen”, *TvGR* 1992, (62) 69; B. SHARTLE, o.c., *La. L. Rev.* 2001, (433) 461; F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het burgerlijk recht*, 2001, 619.

³⁶¹⁰ Zie al: Verslag DETIÈGE, *Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 51-2680/5, 4; Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 74, 109 en 111.

³⁶¹¹ Vgl. WMA Statement on Organ and Tissue Donation (S-2000-01-2006), <http://www.wma.net, nr. F.11>. Zie uitvoeriger *infra* Hoofdstuk III, Afd. 9 en Hoofdstuk IV, Afd. 3 van dit Deel. Zie echter: K. VAN ASSCHE, G. GENICOT en S. STERCKX, o.c., *Bioethics* 2012, (1) 8, waar wordt gesteld dat de ethische comités van ziekenhuizen niet de noodzakelijke onafhankelijkheid zouden bezitten en al overbelast zijn.

pediatrische expertise beschikt (bv. pediater en kinderpsycholoog).³⁶¹² Aangezien de vraag naar orgaanwegneming bij wilsonbekwamen maar zelden zal rijzen, kan ten slotte worden verdedigd dat om te beginnen één nationaal expertencomité wordt opgericht. Dit laat toe om de nodige ervaring op te bouwen.³⁶¹³

3. De familie- en jeugdrechtbank

779. De vraag rijst of de orgaanwegneming bij de wilsonbekwame minderjarige naar het voorbeeld van Nederland en Engeland bijkomend moet worden onderworpen aan de toelating van een (familie- of jeugd-)rechter (met aanstelling van een voogd *ad hoc*).³⁶¹⁴ Het belangrijkste argument dat in de rechtsleer wordt aangehaald om deze rechterlijke controle te rechtvaardigen, is de onafhankelijkheid van de rechter.³⁶¹⁵

Daartegenover staat het gebrek aan expertise van de rechter inzake de complexe kwestie van orgaandonatie.³⁶¹⁶ De rechter zal alsnog experten moeten aanstellen en op hun oordeel vertrouwen.³⁶¹⁷ Een verplichte voorafgaande controle door de rechter biedt m.i. dan ook geen meerwaarde ten opzichte van de beoordeling door het multidisciplinair expertencomité, dat eveneens onafhankelijk en bovendien goedkoper en sneller is.³⁶¹⁸ Tussenkost van de jeugdrechter moet bijgevolg geen wettelijk vereiste voor orgaanwegneming bij wilsonbekwame minderjarigen zijn. Ze zal echter wel nodig zijn in geval van conflict tussen de ouders (vgl. art. 374, lid 2 BW).

4. De wilsonbekwame minderjarige

780. Wilsonbekwame minderjarigen die in staat zijn om psychosociale baten te ervaren, zullen normaal ook tot op zekere hoogte een mening over de orgaanwegneming hebben. Hoewel de *best interest*-standaard in principe een objectieve beoordeling behelst, kan de beslissing over orgaanwegneming toch niet volledig los worden genomen van deze mening. Indien de minderjarige een bereidheid tot orgaandonatie tentoonstelt, dan kan dit een hechte band met de

³⁶¹² Vgl. Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 100; Advies van 18 januari 2014, www.zorg-en-gezondheid.be (i.v.m. de beoordeling van de wilsbekwaamheid); art. 7, 6° Wet Medische Experimenten en art. 10, lid 1 Verordening 536/2014. R. Munson spreekt zich uit *contra* een beoordeling door een expertencomité uit, omdat minderjarigen volgens hem niet zouden begrijpen wat er van hen verlangd wordt (R. MUNSON, o.c. in B. STEINBOCK (ed.), *The Oxford handbook of bioethics*, 2007, (211) 233). Door de voorwaarde van pediatrische expertise te stellen, kan m.i. de kritiek van Munson worden tegengegaan.

³⁶¹³ J.E.M. AKVELD, o.c., *TvGR* 1992, (62) 69. Zie ook: Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 78.

³⁶¹⁴ Nederland: art. 5, lid 2 Wet op de orgaandonatie. Engeland: Human Tissue Authority Code of practice 2: donation of solid organs for transplantation (2014), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice/cfm, nrs. 49-51, 69 en 87 en appendix A. Zie ook: J. MATTHIJS, o.c., *RW* 1971-72, (161) 212; R.M. VEATCH, o.c., *Am. J.L. & Med.* 1983-84, (428) 463; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 118; Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 78 en 110. Zie specifiek in verband met de voogd *ad hoc*: J. DE BOER, o.c., *NJB* 1990, (1367) 1368; D.L. COLEMAN, o.c., *Cardozo L. Rev.* 2014, (1289) 1354. Vgl. ook art. L1241-3, al. 3 Code de la Santé Publique.

³⁶¹⁵ Memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, 22.358, nr. 3, 12-13; I. JANSEN, “Wet op de orgaandonatie”, *Ars Aequi* 1996, (625) 629; J. VAN RAAK-KUIPER, o.c., *FJR* 1998, (114) 119; R.M. DUFAULT, o.c., *Conn. L. Rev.* 1991-92, (211) 236; T. VANSWEEVELT, o.c., *RW* 1987-88, (897) 905, voetnoot 59; S.L. NYGREN, o.c., *U. Chi. Legal F.* 2006, (471) 499.

³⁶¹⁶ C. CHEYETTE, o.c., *B.C. L. Rev.* 1999-00, (465) 504; K. THYS *et al.*, o.c., *Transpl. Int.* 2013, (949) 957; T.V. SANKOORIKAL, o.c., *Seton Hall L. Rev.* 2001-03, (583) 602; J.E.M. AKVELD, o.c., *TvGR* 1992, (62) 69. Zie ook: G. SCHAMPS en A.-C. SQUIFFLET, “Le prélèvement d’organes sur des donneurs vivants majeurs, incapables de manifester leur volonté en raison de leur état mental: quelles perspectives?”, *TBBR* 2011, (318) 328.

³⁶¹⁷ Zie bv.: H.A. GERRITSE, *Praktijkgids familie- en jeugdrecht*, Apeldoorn, Maklu, 2012, 294; *Strunk v. Strunk* [1969] 445 S.W.2d 145; *Hart v. Brown* [1972] 29 Conn.Supp. 368, 289 A.2d 386; *In re Guardianship of Pescinski*, [1975] 67 Wis. 2d 4; *Little v. Little* [1979] 576 S.W.2d 493.

³⁶¹⁸ Vgl. *supra* Hoofdstuk III, Afd. 9, § 2, D van dit Deel. *Contra*: R. MUNSON, o.c. in B. STEINBOCK (ed.), *The Oxford handbook of bioethics*, 2007, (211) 234, die meent dat de bescherming van de (minderjarige) donor extra tijd en geld waard is.

ontvanger suggereren en dus een indicatie zijn dat de wegneming hem een psychosociaal voordeel zal opleveren.³⁶¹⁹ Weliswaar zal niet iedere wilsuiting van de wilsonbekwame donor even doordacht en waardevol zijn. Overeenkomstig artikel 12 Kinderrechtenverdrag moet aan de mening van de minderjarige dan ook slechts belang worden gehecht in overeenstemming met zijn leeftijd en maturiteit.³⁶²⁰ Bijgevolg zou een wettelijke voorwaarde voor orgaanwegneming moeten zijn dat de wilsbekwame minderjarige zoveel mogelijk betrokken wordt bij de donatiebeslissing.³⁶²¹ Een logisch correlatief van deze betrokkenheid is dat de wilsonbekwame naar zijn begripsvermogen moet worden geïnformeerd over de ingreep.³⁶²²

De weerspanning of het mondeling verzet van de wilsonbekwame moeten daarentegen beschouwd worden als een indicatie dat de orgaanwegneming psychosociale risico's voor de donor zal meebrengen en dus niet langer met voldoende zekerheid in zijn belang zal zijn.³⁶²³ Daarom zou de wet eveneens moeten bepalen dat de orgaanwegneming verboden is indien de wilsonbekwame zich verzet.³⁶²⁴ Slechts één auteur verdedigt openlijk dat de orgaanwegneming ook moet kunnen zonder de bereidheid van de minderjarige, met name wanneer het leven of welzijn van een 'sleutelpersoon' (bv. een ouder) op het spel staat.³⁶²⁵ Hoewel het m.i. niet is uitgesloten dat een minderjarige psychosociale voordelen kan verkrijgen door een orgaan af te staan aan zijn verzorgers,³⁶²⁶ zal dit voordeel wegens het gebrek aan bereidheid niet langer met zekerheid opwegen tegen de nadelen van orgaanwegneming. Een uitzondering op het verbod op lijfdwang kan hier dus niet worden gerechtvaardigd.

³⁶¹⁹ C.H. BARON, M. BOTSFORD en G.F. COLE, *o.c.*, *B.U.L. Rev.* 1975, (159) 179; J.K. ROBBENOLT, V. WEISZ en C.M. LAWSON, *o.c.*, *J.L. & Health* 1994-95, (213) 244; L.A. JANSEN, *o.c.*, *Camb. Q. Healthc. Ethics* 2004, (133) 140; B.A. SCHENBERG, *o.c.*, *Ind. Health L. Rev.* 2007, (319) 355. Zie ook in het algemeen: C. LEMMENS, *o.c.* in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (817) 850. Zie bv.: *Hart v. Brown* [1972] 29 Conn.Supp. 368, 289 A.2d 386; *Hurdle v. Currier* [1977] WL 191146; *Little v. Little* [1979] 576 S.W.2d 493; Rb. 's-Gravenhage 30 december 2005, LJN AY6409, www.rechtspraak.nl; Rb. Rotterdam 29 mei 2009, LJN BI8765, www.rechtspraak.nl.

³⁶²⁰ Zie ook: art. 7, lid 3 Gehandicaptenverdrag; art. 12, § 2 Wet Patiëntenrechten; art. 6, lid 2 EVRM-Bio; A.R. HOLDER, *Legal issues in pediatrics and adolescent medicine*, 1977, 182; T.H. MURPHY, *o.c.*, *Marq. L. Rev.* 1978-79, (149) 166; K. VAN ASSCHE, G. GENICOT en S. STERCKX, *o.c.*, *Bioethics* 2012, (1) 8.

³⁶²¹ Een persoon die volledig bewusteloos is, zal uiteraard niet betrokken kunnen worden. *Supra* werd weliswaar al gesteld dat de aanzienlijke graad van wilsonbekwaamheid de verkrijging van psychosociale voordelen verhindert. Behoudens toepassing van de *substituted judgment*-standaard in geval van voorafgaande wilsverklaring zal de toepassing van de *best interest*-standaard in principe geen orgaanwegneming kunnen rechtvaardigen.

³⁶²² H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 296; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 737, voetnoot 502, die dit ook baseert op een 'devoir d'humanisme'; I. BOONE, *o.c.*, *TPR* 1996, (91) 112; B. SINDIC, *o.c.*, *Ann. Dr. Louvain* 2002, (225) 250. Zie ook: Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 39; M. CAMPBELL, e.a., *o.c.*, *Am. J. Transpl.* 2013, (1643) 1646. Vgl.: art. 4, lid 3 en art. 5, lid 3 Wet op de Orgaandonatie; art. 7, 1° Wet Medische Experimenten en art. 32, lid 1, b) Verordening 536/2014.

³⁶²³ J.B. KORINS, *o.c.*, *Vt. L. Rev.* 1991-92, (499) 535-536; A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, 1999, 134; C. CHEYETTE, *o.c.*, *B.C. L. Rev.* 1999-00, (465) 514; S.E. MUMFORD, "Bone marrow donation – the law in context", *Child & Fam. L. Q.* 1998, (135) 142 en 145; B.A. SCHENBERG, *o.c.*, *Ind. Health L. Rev.* 2007, (319) 355; K. VAN ASSCHE, G. GENICOT en S. STERCKX, *o.c.*, *Bioethics* 2012, (1) 8. Zie ook: C. LEMMENS, *o.c.* in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (817) 870, waar wordt gesteld dat het volgehouden verzet van de wilsonbekwame minderjarige krachtens zijn menselijke waardigheid en zelfbepalingsrecht zeer ernstig moet worden genomen, zelfs indien de ingreep in zijn belang is; J.C.J. DUTE, J. LEGEMAATE et al., *Handboek gezondheidsrecht*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014 (6^{de} ed.), 266-267, waar wordt gesteld dat de wegneming bij een kind beneden de 12 jaar onvoldoende beschermd is indien 'louter' gewicht wordt gehecht aan de mening van het kind, zonder hem enige zeggenschap te geven.

³⁶²⁴ Zie ook: T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 194; A.G., "[Commentary on Re Y]", *Med. L. Rev.* 1996, (205) 207; S. ELLISTON, *The best interests of the child in healthcare*, 2007, 261, 264 en 272, met verwijzing naar art. 3 EVRM; Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 61 en 78; Commentaar bij guiding principle 4 WHO Guiding Principles on Human Cell, Tissue and Organ Transplantation (2010), <http://www.who.int>. Vgl. art. 20, lid 2, v EVRM-Bio en art. 14, lid 2, v Transplantatieprotocol; art. L1241-3, al. 4 en art. L1241-4, al. 6 Code de la Santé Publique.

³⁶²⁵ A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation*, 1999, 145-146, 158 en 165. Vgl. L.F. ROSS, *o.c.*, *J.L. Med. & Ethics* 1993, (251) 254-255, die het verzet van de minderjarige enkel in geval van donatie met significante risico's bindend acht. Zie ook: Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 96-97, waar de vraag min of meer wordt opengelaten.

³⁶²⁶ Zie ook: J. DE BOER, "Het kinderlichaam afgewogen", *NJB* 1990, (1367) 1367; L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 281 (donatie aan zieke ouder); M. CAMPBELL, e.a., *o.c.*, *Am. J. Transpl.* 2013, (1643) 1647-1648.

Met bovenstaande voorstellen wordt de kritiek dat de *best interest*-standaard onvoldoende de autonomie van de wilsonbekwame minderjarige respecteert, tegengegaan.³⁶²⁷ De *best interest*-standaard moet m.a.w. zoveel mogelijk naar de *substituted judgment*-standaard neigen.

Afdeling 3. Wilsonbekwame meerderjarige donoren

§ 1. ABSOLUUT VERBOD

781. In tegenstelling tot voor minderjarigen bepaalde de Orgaantransplantatiewet oorspronkelijk niets uitdrukkelijk voor wilsonbekwame meerderjarigen. Uit de voorwaarde van vrije en bewuste toestemming van de donor (art. 5 en 8, § 1 Orgaantransplantatiewet) kon wel impliciet een verbod op orgaanwegname bij wilsonbekwame meerderjarigen worden afgeleid.³⁶²⁸

782. Met de wet van 25 februari 2007 werd plots toch een expliciete regeling voor wilsonbekwame meerderjarige donoren ingevoerd. Het gewijzigde artikel 6, § 2 Orgaantransplantatiewet luidde als volgt: “*Indien een persoon die de leeftijd van 18 jaar heeft bereikt, wegens zijn geestestoestand niet bij machte is zijn wil te uiten, is voor het wegnemen bedoeld in § 1 de instemming vereist van de wettelijke dan wel de door de patiënt aangewezen vertegenwoordiger of, indien een dergelijke persoon niet beschikbaar is of niet wenst op te treden, van de vertegenwoordiger die wordt aangewezen door een persoon bij toepassing van de bepalingen van artikel 14, § 2, eerste en tweede lid, van de wet van 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënten*”.³⁶²⁹ De wetgever verklaarde met deze opmerkelijke bepaling een lacune in de oorspronkelijke Orgaantransplantatiewet te willen wegwerken.³⁶³⁰ Uit de memorie van toelichting valt af te leiden dat het vooral de bedoeling was om zoveel mogelijk orgaandonoren te verkrijgen en zo het orgaantekort te bestrijden.³⁶³¹ Een grondige reflectie over de wenselijkheid van deze nieuwe regeling ontbrak echter.³⁶³²

Met het nieuwe artikel 6, § 2 was de Belgische regelgeving inzake wilsonbekwame donoren geëvolueerd richting het Amerikaanse recht, waar nierwegname bij wilsonbekwamen al in verschillende rechtszaken werd aanvaard.³⁶³³ Ook in artikel 53 Code van

³⁶²⁷ S.L. NYGREN, *o.c.*, *U. Chi. Legal F.* 2006, (471) 492; J.K. ROBBENNOLT, V. WEISZ en C.M. LAWSON, *o.c.*, *J.L. & Health* 1994-95, (213) 226-228, 230, 242 en 244-245.

³⁶²⁸ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 1980-81, nr. 774-1, 6; Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 1984-1985, nr. 832/1, 8; Juridische nota, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220/9, 53; Verslag BROTCHE en TEMMERMAN, *Parl. St.* Senaat 2010-11, nr. 5-666/3, 50; Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2011-12, nr. 53-2158/1, 25; H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 2005, 514-515; I. BOONE, *o.c.*, *TPR* 1996, (91) 108-109.

³⁶²⁹ Art. 3 wet van 25 februari 2007, *BS* 13 april 2007.

³⁶³⁰ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 51-2680/1, 6. Van een lacune kan m.i. moeilijk gesproken worden aangezien de vorige versie van de wet een impliciet, maar duidelijk verbod bevatte (zie vorig randnummer).

³⁶³¹ Zie immers: Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 51-2680/1, 5-6: “*Volgende maatregelen in het bijzonder zijn noodzakelijk om het evenwicht tussen de behoeften en de middelen te herstellen*”. Zie ook: Verslag BROTCHE en TEMMERMAN, *Parl. St.* Senaat 2010-11, nr. 5-666/3, 35. Zie echter: Amendement nr. 1 (DRÈZE), *Parl. St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2680/2, 3, waar werd gesteld dat het orgaantekort vooral te maken heeft met een gebrek aan sensibilisering van de bevolking, zodat een verbod op orgaanwegname bij wilsonbekwamen de mogelijkheid om organen te vinden niet op ingrijpende wijze beperkt.

³⁶³² Zie de commentaar in: advies RvS, *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 51-2680/1, 16; Verslag BROTCHE en TEMMERMAN, *Parl. St.* Senaat 2010-11, nr. 5-666/3, 35. Merk ook op dat het wetsontwerp niet werd geëvoceerd door de Senaat (*Parl. St.* Senaat, nr. 3-2007/1).

³⁶³³ Zie de bespreking van deze *case law* m.b.t. de wilsonbekwame minderjarigen *supra* Afd. 2 van dit Hoofdstuk. Zie met name: *Strunk v. Strunk* [1969] 445 S.W.2d 145 (Ky 1969); *In re Guardianship of Pescinski*, [1975] 67 Wis. 2d 4 (nierwegname *in casu* verboden, maar de potentiële geoorlooftheid in andere omstandigheden werd niet uitgesloten). Vgl. voor beenmergdonatie: *Matter of John Doe* [1984], 104 A.D.2d 200. *Contra*: Opinion 2.15 (1)(b)(ii) – Transplantation of Organs from Living Donors, AMA Code of Medical Ethics, <http://www.ama-assn.org>. Zie ook Engeland, waar orgaanwegname bij een wilsonbekwame niet is uitgesloten:

Geneeskundige Plichtenleer was de mogelijkheid tot orgaanwegneming bij wilsonbekwame levenden al aanvaard. In zijn toenmalige vorm leidde artikel 6, § 2 Orgaantransplantatiewet echter tot heel wat rechtsonzekerheid. Allereerst was er onenigheid over het begrip ‘geestestoestand’. Volgens sommigen kon het gaan om een coma,³⁶³⁴ terwijl het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek stelde dat het moest gaan om een permanente mentale aandoening, wat coma uitsluit.³⁶³⁵ Daarnaast werd opgemerkt dat de vertegenwoordiger evengoed de ontvanger zelf kon zijn,³⁶³⁶ wat uiteraard een belangenconflict zou inhouden. Ook werd gewezen op het gevaar dat de orgaanwegneming bij de wilsonbekwame zelfs ten voordele van wildvreemden kon gebeuren, m.a.w. zonder enige emotionele band die tot psychologische voordelen voor de donor kan leiden.³⁶³⁷ Verder werd bekritiseerd dat de betrokkenheid van de wilsonbekwame donor bij de beslissing overeenkomstig zijn capaciteiten niet wettelijk gewaarborgd was.³⁶³⁸ Ten slotte creëerde ook de verwijzing naar “*het wegnemen bedoeld in § 1*” verwarring. Sommigen leidden hieruit af dat de wegneming enkel mogelijk was indien ze ernstige gevolgen kon hebben of betrekking had op een niet-regenererend orgaan, wat als een gebrek aan bescherming werd gezien.³⁶³⁹ Anderen meenden daarentegen dat indien een ernstige ingreep mag, de minder ingrijpende orgaanwegneming zeker ook mogelijk was.³⁶⁴⁰

783. Een wegneming bij wilsonbekwame meerderjarigen is nu nog steeds mogelijk indien ze weefsels of cellen betreft.³⁶⁴¹ Voor de wegneming van *organen* heeft de wetgever daarentegen met de wet van 3 juli 2012 een U-bocht gemaakt. Zo werd artikel 6, § 2 Orgaantransplantatiewet integraal geschrapt en werd in artikel 5 expliciet bevestigd dat de donor die de leeftijd van 18 jaar heeft bereikt, steeds in staat moet zijn om zijn wil te uiten.³⁶⁴² De huidige regeling betekent

Human Tissue Authority Code of practice 2: donation of solid organs for transplantation (2014), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, nrs. 52 t.e.m. 55, en appendix A; S. MCLEAN, “Royaume-Uni: vers une révision du cadre juridique?” in P. MORRIS (ed.), *Regard éthique: Les transplantations*, Straatsburg, Raad van Europa, 2003, (161) 167; J. HERRING, *Medical law and ethics*, 2006, 368-369. Bij gebrek aan rechtspraak is de situatie omtrent orgaandonatie evenwel speculatief (D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 349). Zie ook *internationaal*: guiding principle 4, WHO Guiding Principles on Human Cell, Tissue and Organ Transplantation (2010), <http://www.who.int> (‘onder strikte voorwaarden’); WMA Statement on Organ and Tissue Donation (S-2000-01-2006), <http://www.wma.net>, nr. F.11 (‘zeer uitzonderlijk’); WMA Statement on Organ and Tissue Donation (S-2012-04-2012) (‘in zeer beperkte omstandigheden’); T.L. PRUETT *et al.*, “The Ethics Statement of the Vancouver Forum in the Live Lung, Liver, Pancreas, and Intestine Donor”, *Transplantation* 2006, vol. 81, nr. 10, (1386) 1387 (‘in zeldzame gevallen’).

³⁶³⁴ H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 428, nr. 990; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 735 (zie evenwel p. 740, voetnoot 509). Ook in die zin: P. SENAEVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, 2011, 165, nr. 365 (over art. 10, § 2 Orgaantransplantatiewet, waar eveneens het geestestoestandcriterium geldt).

³⁶³⁵ Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 72.

³⁶³⁶ *Ibid.*, 32 en 73.

³⁶³⁷ *Ibid.*, 73 en 74.

³⁶³⁸ G. SCHAMPS en A.-C. SQUIFFLET, *o.c.*, *TBBR* 2011, (318) 322 en 329. Weliswaar impliceerde de verplichting tot informering van de donor (art. 9, lid 2 Orgaantransplantatiewet) wel enige betrokkenheid. Zie ook: G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2010, 735.

³⁶³⁹ G. SCHAMPS en A.-C. SQUIFFLET, *o.c.*, *TBBR* 2011, (318) 321 en 322-323; K. VAN ASSCHE, G. GENICOT en S. STERCKX, *o.c.*, *EJHL* 2012, (441) 442.

³⁶⁴⁰ G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Brussel, Larcier, 2010, 735, voetnoot 498; Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 73 en voetnoot 93; S. PANIS, *o.c.* in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1215) 1247, voetnoot 1137.

³⁶⁴¹ Art. 10, § 3 Wet Menselijk Lichaamsmateriaal: “Wanneer de wegneming van lichaamsmateriaal bij levenden normalerwijze geen ernstige gevolgen kan hebben voor de donor en deze wegneming cellen en weefsels betreft die regenereren, of wanneer de wegneming voor autologe doeleinden geschiedt, dan kan deze, in afwijking tot § 1, worden verricht op (...) meerderjarigen die krachtens artikel 492/1, § 1, derde lid, 19°, van het Burgerlijk Wetboek onbekwaam werden verklaard om deze rechten uit te oefenen of die niet wilsbekwaam zijn om rechten uit te oefenen, zoals bedoeld in artikel 14 van de wet van 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënt. Ingeval de wegneming wordt verricht op levenden zoals bedoeld in het eerste lid, zijn de artikelen (...) 14 van voornoemde wet van 22 augustus 2002, van toepassing”. *Pro*: S. PANIS en N. VAN GELDER, *o.c.*, *T. Gez.* 2010-11, (217) 230. *Contra*: H. NYS, *o.c.*, *RW* 2009-10, (178) 183.

³⁶⁴² Art. 16-17 wet van 3 juli 2012, *BS* 24 augustus 2012. Zie ook de vele voorgaande voorstellen in die zin: Amendement nr. 1 (DRÈZE), *Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 51-2680/2, 1-3; Wetsvoorstel tot wijziging van de wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, wat betreft het gebruik van het eHealth-platform voor het registreren van orgaandonatie, *Parl. St. Kamer* 2010-11, nr. 53-1201/1; Wetsvoorstel tot het gebruik van het eHealth-platform voor het registreren van orgaandonatie,

m.a.w. een absoluut verbod op wilsonbekwame meerderjarige donoren.³⁶⁴³ Overtreding ervan is strafbaar met een gevangenisstraf van drie maanden tot een jaar en/of geldboete van 1.000 tot 10.000 euro.³⁶⁴⁴ Hierna worden achtereenvolgens de argumenten van de wetgever voor dit verbod geanalyseerd.

Allereerst verwees de wetgever naar considerans 23 en artikel 15, § 1 Richtlijn 2010/53/EU, dat de lidstaten verplicht tot het organiseren van de hoogst mogelijke bescherming van levende donoren. De wetgever achtte de orgaanwegname bij wilsonbekwamen strijdig met deze bepaling.³⁶⁴⁵ Zoals eerder al werd betoogd, kan deze richtlijn echter helemaal niet in die zin worden begrepen.³⁶⁴⁶

De wetgever baseerde zich eveneens op advies nr. 50 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, waarin artikel 6, § 2 Orgaantransplantatiewet unaniem werd verworpen omdat het onvoldoende bescherming bood voor wilsonbekwame donoren.³⁶⁴⁷ De wetgever gaat zo echter voorbij aan het feit dat het Raadgevend Comité verdeeld was over de vraag welke regeling in de plaats van artikel 6, § 2 moest komen. Hoewel sommige leden van het Comité een verbod op orgaanwegname bij wilsonbekwamen aanbevelen, verdedigden andere leden dat orgaanwegname bij wilsonbekwamen wél toelaatbaar zou zijn onder nieuwe, striktere voorwaarden.³⁶⁴⁸

Vervolgens stelde de wetgever dat orgaanwegname bij wilsonbekwamen een aantasting van het recht op respect voor de fysieke integriteit krachtens artikel 8 EVRM uitmaakt.³⁶⁴⁹ Zonder twijfel bestaat dit recht ook voor wilsonbekwamen.³⁶⁵⁰ Weliswaar is dit recht niet absoluut. Beperkingen zijn mogelijk voor zover dit bij wet is bepaald en proportioneel is ter behartiging van een legitiem doel, zoals de gezondheid van de betrokkene (art. 8, § 2 EVRM). De wetgever heeft deze evenwichtoefening helaas niet duidelijk gemaakt, wat zijn argument van artikel 8 EVRM afzwakt. Het is wel duidelijk dat de wetgever zich bij de interpretatie van artikel 8 EVRM heeft laten leiden door artikel 20 EVRM-Bio en artikel 14 Transplantatieprotocol, die orgaanwegname bij wilsonbekwamen geheel verbieden (en de wegname van regenererende weefsels bij wilsonbekwamen aan strikte voorwaarden onderwerpen). De Raad van State (afdeling wetgeving), de Koninklijke Academie voor Geneeskunde van België, de Nationale Raad van de Orde van Geneesheren hadden voordien de politieke opinie al in de richting van het EVRM-Bio gestuurd.³⁶⁵¹ Ook in o.a. Frankrijk is men

Parl. St. Senaat 2010-11, nr. 5-666/1; Wetsvoorstel tot wijziging van artikel 6, § 2, van de wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, *Parl. St.* Senaat 2010-2011, nr. 5-1024/1; Wetsvoorstel betreffende het wegnemen van organen bij wilsonbekwame levende personen, *Parl. St.* Kamer 2010-11, nr. 53-1780/1.

³⁶⁴³ Bovendien werd vastgesteld dat orgaanwegname niet mogelijk is indien de betrokkene daartoe onbekwaam is verklaard door de vrederechter in toepassing van art. 492/1, § 1, lid 3, 17° BW, zelfs indien de betrokkene in feite wél *wilsonbekwaam* is.

³⁶⁴⁴ Art. 17, § 3, lid 1 Orgaantransplantatiewet.

³⁶⁴⁵ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2011-12, nr. 53-2158/1, 7 en 24-25. Zie ook al: wetsvoorstel tot wijziging van artikel 6, § 2, van de wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, *Parl. St.* Senaat 2010-2011, nr. 5-1024/1, 2 en Recommendation 1, Working Group 1, Recommendations for the legislation and procedures for living donation, www.eulivingdonor.eu.

³⁶⁴⁶ Zie *supra* Afd. 2, § 1, B van dit Deel.

³⁶⁴⁷ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2011-12, nr. 53-2158/1, 25.

³⁶⁴⁸ Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 77-78 en 109-110. Zie ook: G. GENICOT, "Tour d'horizon de quelques acquis et enjeux actuels du droit médical et biomédical" in G. GENICOT (ed.), *Nouveaux dialogues en droit médical*, Luik, Anthemis, 2012, (7) 28.

³⁶⁴⁹ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2011-12, nr. 53-2158/1, 25.

³⁶⁵⁰ Zie ook: art. 22 GW; preamble (n) en art. 3(a), 10, 15, 16 en 17 Gehandicaptenverdrag; E. GULDIX, *De persoonlijkheidsrechten, de persoonlijke levenssfeer en het privéleven in hun onderling verband*, 1986, nrs. 468 en 752; F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het burgerlijk recht*, 2001, 464; Rb. Turnhout 7 februari 2001, *T. Gez.* 2006-07, 29 (sterilisatie bij mentaal gehandicapte vrouw).

³⁶⁵¹ Advies van de Raad van State, *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 51-2680/1, 15-16; advies van 12 september 2011, *Jaarboek en Verslagen van de Koninklijke Academie voor Geneeskunde van België* 2011, 73; Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 17 september 2011 betreffende de wetsvoorstellen tot wijziging van de wet van 13 juni 1986 betreffende het

deze weg opgegaan.³⁶⁵² Het is niet onlogisch dat de wetgever deze duidelijke tendens heeft gevolgd. Nochtans zijn het EVRM-Bio en het bijhorende Transplantatieprotocol niet bindend voor België.³⁶⁵³ Het betreft slechts een gezagsargument.

Uiteindelijk haalde de wetgever slechts één inhoudelijk, ethisch argument aan. Orgaanwegneming bij een wilsonbekwame zou een niet te rechtvaardigen inbreuk op de fysieke integriteit en waardigheid van dergelijke persoon zijn omdat het geen ‘therapeutisch doel’ heeft voor de betrokkene.³⁶⁵⁴ Dit uitgangspunt zou echter kunnen leiden tot situaties die niet in het belang van de wilsonbekwame zijn. Zoals hierboven ten aanzien van wilsonbekwame minderjarige donoren werd verdedigd, kan ook ten aanzien van wilsonbekwame meerderjarigen worden gesteld dat orgaanwegneming kan leiden tot een psychosociaal voordeel dat kan opwegen tegen de nadelen ervan.³⁶⁵⁵ Zoals bv. in *Strunk v. Strunk* zou de kandidaat-ontvanger (*in casu* een broer) door de wilsonbekwame beschouwd kunnen worden als een ‘rolmodel’, dat fungeert als zijn band met de rest van de familie en van belang is voor zijn behandeling. Het overlijden van die kandidaat-ontvanger zou dan een ernstig traumatisch effect kunnen hebben op de wilsonbekwame. Aldus zou donatie aan deze ontvanger in het eigen belang van de donor zijn.³⁶⁵⁶

§ 2. VOORSTEL TOT VOORWAARDELIJKE TOELATING

784. Aangezien aannemelijk is dat orgaanwegneming bij wilsonbekwame meerderjarigen mogelijk in hun belang is, kan eraan gedacht worden om het absoluut verbod te vervangen door een minder restrictieve wetgeving. Het komt er meer bepaald op aan om een regeling te bedenken die een beter evenwicht tussen de voordelen en nadelen voor de wilsonbekwame toelaat. Het voorstel tot voorwaardelijke toelating van wilsonbekwame minderjarige donoren kan in principe *mutatis mutandis* worden getransponeerd naar de hypothese van wilsonbekwame meerderjarigen. Hiervoor verwijs ik naar de bovenstaande bespreking en de argumenten die daar werden ontwikkeld.³⁶⁵⁷ Hieronder zal enkel worden ingegaan op de verschillen tussen minder- en meerderjarige wilsonbekwamen wat betreft de beslissingsstandaard (*infra* A) en de geschikte vertegenwoordiger (*infra* B).

wegnemen en transplanteren van organen, www.ordomedic.be (contra: art. 53 Code Geneeskundige Plichtenleer). Zie ook: Advies nr. 11 van 20 december 1999 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 16, waar enkel de toelaatbaarheid van beenmerg- en stamcelwegneming bij wilsonbekwamen erkend werd; H. NYS, “Nieuwe regels voor het wegnemen en het verdelen van menselijke organen”, *A. Hosp.* 2007, (69) 70; T. VANSWEEVELT, “Art. 6 Orgaantransplantatiewet” in H. CASMAN (ed.), *Comm. Pers.*, Antwerpen, Kluwer, 2007, currens, losbl., 5. Zie ook: Amendement nr. 1 (DRÈZE), *Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 51-2680/2, 2; memorie van toelichting, *Parl. St. Senaat* 2010-2011, nr. 5-1024/1, 2.

³⁶⁵² Frankrijk: art. L1231-2 en art. L1241-4 Code de la Santé Publique en art. 511-3, al. 2 Code pénal. De Franse wet verbiedt meer bepaald ‘meerderjarigen geplaatst onder een beschermingsmaatregel’. *Prima facie* kunnen wilsonbekwamen zonder beschermingsmaatregel dus wel donor zijn. Er wordt echter opgeworpen dat de voorwaarde van een vrije toestemming zich hiertegen verzet. Zie: N. NEFUSSY-LEROY, *Organes humains*, 1999, 139-140, die dit verbod evenwel bekritiseert. Nederland: art. 4 Wet op de Orgaandonatie. *De facto* is deze bepaling immers enkel op beenmerg van toepassing (GEZONDHEIDSRaad, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 149). Zie bv.: Rb. ‘s-Gravenhage 30 december 2005, LJN AY6409, www.rechtspraak.nl; Rb. Rotterdam 29 mei 2009, LJN BI8765, www.rechtspraak.nl. Zie ook: W. KOKKEDEE, o.c., *TvGR* 1998, (202) 206.

³⁶⁵³ Zie *supra* Deel I, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, B.

³⁶⁵⁴ Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2011-12, nr. 53-2158/1, 26. Zie ook: Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2010-11, nr. 53-1201/1, 3; Memorie van toelichting, *Parl. St. Senaat* 2010-11, nr. 5-666/1, 2; T. GOFFIN en H. NYS, “De ontwikkelingen in het medisch recht in 2012” in *Recht in beweging*, Leuven, Maklu, 2013, (81) 90, met verwijzing naar art. 6 EVRM-Bio, dat een rechtstreeks belang voor de wilsonbekwame vereist.

³⁶⁵⁵ Zie uitvoerig *supra* Afd. 2, A van dit Hoofdstuk. Zie ook: K. VAN ASSCHE, G. GENICOT en S. STERCKX, o.c., *EJHL* 2012, (441) 461-463; L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 183.

³⁶⁵⁶ *Strunk v. Strunk* [1969] 445 S.W.2d 145 (Ky 1969).

³⁶⁵⁷ Zie *supra* Afd. 2 van dit Hoofdstuk.

A. De beslissingsstandaard

785. Uit respect voor het zelfbepalingsrecht van de betrokkene verdient de subjectieve *substituted judgment*-standaard in principe de voorkeur. Zoals gezegd vereist deze standaard dat de vertegenwoordiger beslist zoals de wilsonbekwame zou hebben gedaan indien deze wilsbekwaam zou zijn geweest, rekening houdende met o.a. de gekende levenswaarden, de houding tegenover de betreffende ingreep en de voorgaande wilsverklaringen van de betrokkene. Dit veronderstelt dat de wilsonbekwame voorheen wilsbekwaam is geweest én dat zijn wil of levenswaarden gedurende die periode kenbaar zijn gemaakt.³⁶⁵⁸

In vergelijking met minderjarigen is de kans groter dat een wilsonbekwame meerderjarige voorheen wilsbekwaam was (bv. voorafgaand aan de ziekte van Alzheimer of een hersentrauma). Hoewel het in de praktijk niet lijkt te gebeuren, zou de betrokkene dan tijdens de wilsbekwame periode een *voorafgaande wilsverklaring* omtrent orgaanwegname bij leven kunnen opstellen. Deze zou op basis van het zelfbepalingsrecht in theorie een rechtvaardiging kunnen bieden om de orgaanwegname uit te voeren.³⁶⁵⁹

Niettemin mag deze wilsverklaring logischerwijze niet leiden tot orgaanwegname indien een actuele toestemming van een wilsbekwame donor dit ook niet zou kunnen.³⁶⁶⁰ Enerzijds wil dit zeggen dat de voorafgaande wilsverklaring voldoende waarborgen zou moeten bieden dat ze strookt met de werkelijke wil van de betrokkene (m.n. duidelijk in het licht van de omstandigheden, schriftelijk, met onafhankelijke getuige, geïnformeerd volgens de geldende stand van de wetenschap, zonder aanwijzingen van wilsonbekwaamheid of dwang en zonder enige herroeping).³⁶⁶¹ Vooral het vereiste van een geïnformeerde wilsuiting kan problemen opleveren. Men kan zich op voorhand normaal slechts gedeeltelijk over orgaanwegname laten informeren, nu een deel van de relevante informatie afhangt van de concrete gezondheidstoestand van donor en ontvanger op het moment van de transplantatie. Anderzijds zou de arts niet verplicht kunnen worden om deze wilsverklaring uit te voeren indien de wegname niet strookt met de evenredigheidsregels.³⁶⁶²

Een goed voorbeeld van orgaanwegname bij een wilsonbekwame meerderjarige waarbij zowel aan het toestemmings-, als evenredigheidsvereiste is voldaan, betreft de vader die zijn wil uit om een nier af te staan aan zijn zieke dochter, maar vervolgens een hartstilstand ondergaat en zo in permanente coma terecht komt. Er is dan een duidelijke voorafgaande toestemming tot orgaanwegname en bovendien zal de nierwegname hem niet doden dus in principe geen nadeel berokkenen. De orgaanwegname is bijgevolg juridisch geoorloofd.³⁶⁶³

³⁶⁵⁸ S.L. NYGREN, o.c., *U. Chi. Legal F.* 2006, (471) 487-488; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 354.

³⁶⁵⁹ N.L. CANTOR, *Advance Directives and the Pursuit of Death with Dignity*, Bloomington, Indiana University Press, 1993, 118; S.L. NYGREN, o.c., *U. Chi. Legal F.* 2006, (471) 480; J. HERRING, *Medical law and ethics*, 2006, 368. *Contra*: H.J.J. LEENEN, "Gezondheidsrechtelijke aspecten van orgaantransplantatie", *NJB* 1978, (871) 873, die argumenteert dat de bewusteloze donor niet meer in staat is om deze voorafgaande wilsverklaring in te trekken, terwijl een potentiële donor steeds in de gelegenheid moet zijn om op zijn voornemen terug te komen. Deze redenering kan in de huidige stand van het recht vanzelfsprekend niet gevolgd worden. Dit argument impliceert dat *iedere* voorafgaande wilsverklaring zonder waarde is, want steeds zal de patiënt wilsonbekwaam en niet meer in staat tot herroeping zijn; J.E.M. AKVELD, *Transplantatie en wetgeving*, 1987, 92.

³⁶⁶⁰ Een voorafgaande wilsverklaring moet immers een geoorloofd voorwerp en een geoorloofde oorzaak hebben (zie: C. LEMMENS, *Voorafgaande wilsverklaringen met betrekking tot het levenseinde*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 231 en 245). Deze geoorlooftheid wordt bepaald aan de hand van de grenzen die onder meer door de Orgaantransplantatiewet zijn getrokken.

³⁶⁶¹ F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het burgerlijk recht*, 2001, 592 e.v.; C. LEMMENS, *Voorafgaande wilsverklaringen met betrekking tot het levenseinde*, 2013, nrs. 201 e.v.

³⁶⁶² Vgl. B. SLUYTERS, o.c. in J.M. GREEP (ed.), *Orgaantransplantatie*, 1970, (361) 388, voetnoot 1; N.L. CANTOR, *Advance Directives and the Pursuit of Death with Dignity*, 1993, 118. Zie ook: C. LEMMENS, *Voorafgaande wilsverklaringen met betrekking tot het levenseinde*, 2013, 246 en 676-679.

³⁶⁶³ J.A. ROBERTSON, "The Dead Donor Rule", *Hastings Center Report* 1999, (6) 7.

786. Indien de wilsonbekwame meerderjarige voorheen nooit wilsonbekwaam is geweest of indien zijn wil of levenswaarden en -plannen niet kenbaar zijn, dan kan de *substituted judgment*-standaard in principe niet worden toegepast. Zoals bij wilsonbekwame minderjarigen zal dan de objectieve *best interest*-standaard gevolgd moeten worden.³⁶⁶⁴

Hoewel de belangenafweging geval per geval moet gebeuren, kan in het algemeen worden gesteld dat iets minder terughoudendheid voor meerderjarige dan voor minderjarige wilsbekwamen en -onbekwamen vereist is. Er is immers minder wetenschappelijke onzekerheid over de gevolgen van orgaanwegneming bij wilsonbekwame meerderjarigen, aangezien gemakkelijker kan worden vergeleken met wilsbekwame meerderjarigen (waarover meer geweten is). Bovendien vervalt bij meerderjarigen deels het argument dat het lange termijnrisico groter is, wegens meer levensjaren in het vooruitzicht.

B. De beslissingsprocedure

787. Aangezien de wilsonbekwame niet in staat zal zijn om de beslissing tot orgaanwegneming zelfstandig te maken, is een vertegenwoordiger nodig die de bovengenoemde beslissingsstandaarden kan toepassen. Zoals bij minderjarigen komt deze vertegenwoordiging toe aan zij die nauw met de wilsonbekwame verbonden zijn.³⁶⁶⁵ Er kan vermoed worden dat ze wegens hun affectieve band het best geschikt zijn om de belangen van de wilsonbekwame meerderjarige te behartigen.³⁶⁶⁶

Indien de wilsonbekwame meerderjarige persoon onbekwaam werd verklaard door de vrederechter bij toepassing van artikel 492/1, § 1, lid 3, 17° BW, dan zou de keuze voor de daarbij aangeduide bewindvoerder³⁶⁶⁷ als vertegenwoordiger inzake orgaanwegneming voor de hand liggen. Indien de wilsonbekwame niet onder dit beschermingsstatuut is geplaatst, dan kan een cascaderегeling naar het voorbeeld van artikel 14, § 3 Wet Patiëntenrechten worden ingesteld.³⁶⁶⁸ Indien de wilsonbekwame voorheen wilsbekwaam was en in een voorafgaande wilsverklaring een vertegenwoordiger heeft aangesteld, dan moet overeenkomstig het zelfbepalingsrecht de aangestelde persoon als vertegenwoordiger optreden.³⁶⁶⁹

788. Aangezien een psychosociaal voordeel doorgaans een hechte emotionele band met de ontvanger veronderstelt en aangezien de vertegenwoordiger in principe een naaste van de donor

³⁶⁶⁴ Vgl. Afd. 2, § 2, A.2.b. van dit Hoofdstuk en de verwijzingen daar. Zie ook: principes 8, 22 en 23, Recommendation R (99) 4 of the Committee of Ministers to member states on principles concerning the legal protection of incapable adults, www.coe.int.

³⁶⁶⁵ Zie Afd. 2, § 2, B van dit Hoofdstuk.

³⁶⁶⁶ Vgl. K. VAN ASSCHE, G. GENICOT en S. STERCKX, o.c., *Bioethics* 2012, (1) 8.

³⁶⁶⁷ Overeenkomstig art. 496/3 BW zijn dit “bij voorkeur de ouders of één van beide ouders, de echtgenoot, de wettelijk samenwonende, de persoon met wie de te beschermen persoon een feitelijk gezin vormt, een lid van de naaste familie, een persoon die instaat voor de dagelijkse zorg van de te beschermen persoon of de te beschermen persoon en zijn omgeving begeleidt in deze zorg of een private stichting die zich uitsluitend inzet voor de te beschermen persoon of een stichting van openbaar nut die voor de te beschermen personen over een statutair ingesteld comité belast met het opnemen van bewindvoeringen beschikt”.

³⁶⁶⁸ Vgl. Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 78. De vertegenwoordiging kan dus worden opgedragen aan de samenwonende echtgenoot, de wettelijk samenwonende partner of de feitelijk samenwonende partner. Indien deze persoon dat niet wenst te doen of ontbreekt, kan de vertegenwoordiging in opeenvolgende volgorde worden overgelaten aan een meerderjarig kind, een ouder, een meerderjarige broer of zus van de patiënt (vgl. oud art. 6, § 2 Orgaantransplantatiewet). Volgens art. 14, § 3, laatste lid Wet Patiëntenrechten behartigt de betrokken beroepsbeoefenaar de belangen van de wilsonbekwame indien geen van voorgenoemde personen kan of wil optreden of indien er tussen hen een conflict bestaat. Deze laatste regel kan best achterwege worden gelaten in geval van orgaanwegneming. Zie in die zin ook: Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, <http://www.health.belgium.be>, 31-32, in de veronderstelling dat de arts zowel de belangen van de donor als van de ontvanger behartigt; H. NYS, o.c., *RW* 2009-10, (178) 183.

³⁶⁶⁹ Vgl. art. 14, § 1 Wet Patiëntenrechten. Zie ook: C. LEMMENS, *Voorafgaande wilsverklaringen met betrekking tot het levenseinde*, 2013, nrs. 566 e.v.

zal zijn, is de kans groot dat ook de vertegenwoordiger en de ontvanger dezelfde persoon of naaste familie van elkaar zijn. Zoals bij wilsonbekwame minderjarige donoren bestaat dus een gevaar op belangenconflicten. Bovendien zal de doorsnee vertegenwoordiger niet de nodige expertise inzake de complexe medische en psychosociale aspecten bezitten. Bijgevolg moet voor wilsonbekwame meerderjarigen eveneens de toelating van een onafhankelijk, multidisciplinair expertencomité vereist worden.³⁶⁷⁰ Een verplichting tot bijkomende toelating van de (vrede)rechter, zoals bv. in Nederland en Engeland,³⁶⁷¹ is m.i. niet nodig.³⁶⁷²

789. Tot slot moet de nood aan eerbied voor de mening van de wilsonbekwame worden benadrukt. Overeenkomstig artikel 12 Gehandicaptenverdrag moet de vertegenwoordiging van de wilsonbekwame evenredig zijn aan zijn situatie en moet zo veel mogelijk respect voor zijn wil en voorkeuren gewaarborgd worden.³⁶⁷³ Zoals wilsonbekwame minderjarige donoren moeten ook wilsonbekwame meerderjarige donoren naargelang hun begripsvermogen betrokken (incl. geïnformeerd) worden bij de donatiebeslissing en kan orgaanwegneming niet worden toegelaten indien ze zich hiertegen verzetten.³⁶⁷⁴

³⁶⁷⁰ Zie met name: Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 76 en 78, waar bovendien werd vereist dat de ontvanger geen kind, ouder of levenspartner van de vertegenwoordiger is; UNESCO, *Casebook on Benefit and Harm*, Bioethics Core Curriculum Series nr. 2, Parijs, UNESCO, 2011, 81; K. VAN ASSCHE, G. GENICOT en S. STERCKX, o.c., *Bioethics* 2012, (1) 8. Vgl. ook Afd. 2, § 2, B.2. van dit Hoofdstuk. Pediatrische expertise zal hier logischerwijze niet vereist zijn.

³⁶⁷¹ Nederland: art. 4, lid 2 Wet op de Orgaandonatie. Engeland: *In re F (Mental patient: sterilisation)*, 2 AC 1990 1 op 33B en 61E; Human Tissue Authority Code of practice 2: donation of solid organs for transplantation (2014), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, nrs. 50, 69 en appendix A. Vgl. ook Frankrijk: art. L1241-4, al. 2 en 3 Code de la Santé Publique (donatie van hematopoëtische cellen).

³⁶⁷² Cf. *supra* Hoofdstuk III, Afd. 9, § 2, D van dit Deel en *supra* Afd. 2, § 2, B.3. van dit Hoofdstuk.

³⁶⁷³ Zie hierover: F. MORRISSEY, "The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A New Approach to Decision-Making in Mental Health Law", *EJHL* 2012, (423) 429 en 431-432. Zie ook: art. 14, § 1, lid 1 en § 4 Wet Patiëntenrechten; principe 9, Recommendation R (99) 4 of the Committee of Ministers to member states on principles concerning the legal protection of incapable adults, www.coe.int.

³⁶⁷⁴ Zie *supra* Afd. 2, § 2, B.4. van dit Hoofdstuk en de verwijzingen daar. Zie met name: K. VAN ASSCHE, G. GENICOT en S. STERCKX, o.c., *Bioethics* 2012, (1) 8; I. BOONE, o.c., *TPR* 1996, (91) 109. Vgl. art. 8, 1° Wet Medische Experimenten en art. 31, lid 1, b) en c) Verordening 536/2014. Zie ook: Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, 1 February 2013, A/HRC/22/53, <http://www.ohchr.org>, nrs. 32, 58, 64 en 89, waar werd gesteld dat ingrijpende en onomkeerbare, niet-therapeutische ingrepen zonder toestemming van de gehandicapte foltering of onmenselijke/vernederende behandeling kunnen uitmaken. *Contra*: N.L. CANTOR, *Advance Directives and the Pursuit of Death with Dignity*, 1993, 118-119, die meent dat orgaanwegneming bij een wilsonbekwame donor op basis van een voorafgaande wilsverklaring kan worden uitgevoerd, zelfs als de wilsonbekwame zich hiertegen verzet en dus eerst moet worden gefixeerd. Vgl. daarentegen: C. LEMMENS, *Voorafgaande wilsverklaringen met betrekking tot het levenseinde*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nrs. 872 e.v.

DEEL V. DE OVERLEDEN ORGAANDONOR

790. In dit deel staat de verhouding tussen de zorgverlener en de overleden donor centraal. Eerst wordt onderzocht vanaf wanneer er juist van een ‘overleden’ donor kan worden gesproken (hoofdstuk I). Daarna wordt gezocht naar de algemene juridische grondslagen voor orgaanwegneming bij overleden personen (hoofdstuk II). Op basis hiervan zal vervolgens dieper worden ingegaan op de twee manieren waarop toelating tot orgaanwegneming na overlijden kan worden verkregen: de voorafgaande orgaandonatieverklaringen (hoofdstuk III) en het vermoeden van toestemming (hoofdstuk IV). Tot slot wordt nog stilgestaan bij het juridisch statuut van de voorbereidende handelingen die vóór de orgaanwegneming ten aanzien van de overleden donor moeten worden gesteld (hoofdstuk V).

Hoofdstuk I. Het overlijden

Afdeling 1. Probleemstelling

791. In tegenstelling tot in verschillende buitenlandse wetten³⁶⁷⁵ wordt het overlijden of de dood³⁶⁷⁶ in de huidige Belgische wetgeving niet nader gedefinieerd. Tot op zekere hoogte heeft iedereen wel een notie van de dood. Slechts weinigen zullen echter in staat zijn om het fenomeen ‘dood’ accuraat te omschrijven. Dit is zorgwekkend, omdat aan de dood verregaande gevolgen worden verbonden in het rechtsverkeer. Enkele voorbeelden verduidelijken dit meteen. Zo heeft de dood bv. tot gevolg dat de erfenis openvalt (art. 718 BW) en dat het huwelijk ontbonden wordt (art. 227, 1° BW). Verder geldt de strafrechtelijke bescherming tegen slagen en verwondingen (art. 398 e.v. Sw.) enkel ten aanzien van levende personen en houdt ze dus op na de dood.³⁶⁷⁷ Hetzelfde geldt voor de hulpverplichting uit artikel 422bis Sw.³⁶⁷⁸ Onder meer ook de bescherming van de Wet Patiëntenrechten stopt in principe na het intreden van de dood.³⁶⁷⁹

In het raam van orgaanwegneming voor transplantatiedoeleinden is het overlijden eveneens een cruciaal gegeven. De dood leidt namelijk tot een orgaanwegnemingsregime dat aanzienlijk soepelder is dan dat voor levende donoren.³⁶⁸⁰ Zoals al werd besproken, geldt immers voor levende donoren in principe de zogenaamde *dead donor rule*: personen mogen niet gedood worden om orgaanwegneming te kunnen uitvoeren en de orgaanwegneming mag niet de dood van de donor veroorzaken.³⁶⁸¹ Dit beperkt aanzienlijk het aantal en de soorten organen die bij leven mogen worden weggenomen. Indien evenwel het overlijden reeds is

³⁶⁷⁵ Vgl. Frankrijk: art. R1232-1 en R1232-2 Code de la santé publique. Nederland: art. 14 Wet op de orgaandonatie. USA: Uniform Determination of Death Act (UDDA) 1980.

³⁶⁷⁶ Deze term zal hier als synoniem voor ‘overlijden’ gehanteerd worden. De Orgaantransplantatiewet hanteert eveneens beide begrippen zonder dat hiertussen een onderscheid lijkt te worden gemaakt: art. 1ter, 2° Orgaantransplantatiewet (‘dood’) en art. 11 Orgaantransplantatiewet (‘overlijden’).

³⁶⁷⁷ D. LYBAERT, “Het begrip ‘menselijke persoon’ in het Belgische strafrecht”, *Panopticon* 1993, (390) 399; J. DE HERDT, *Fysiek interpersoonlijk geweld*, 2014, 24 en 139.

³⁶⁷⁸ A. DIERICKX en F. DEWALLENS, “Het intreden van de dood en het schuldig hulpverzuim (art. 422bis Sw.)”, noot onder Corr. Brussel 2 januari 2008, NC 2009, (136) 136.

³⁶⁷⁹ Zie: T. VANSWEEVELT, “Het juridische statuut van het lijk” in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (1559) 1576-1577; T. VANSWEEVELT, “Wet Patiëntenrechten: definities en toepassingsgebied” in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, 293. Dit moet meteen genuanceerd worden. Met betrekking tot de gezondheidszorg verstrekt voor diens overlijden kan de Wet Patiëntenrechten dus wel van toepassing zijn.

³⁶⁸⁰ Zie met name art. 10 Orgaantransplantatiewet.

³⁶⁸¹ Zie *supra* Deel IV, Hoofdstuk IV, Afd. 2, § 2, A.4.c.2), waar werd aangetoond dat deze regel slechts impliciet uit de wetgeving blijkt en waar bovendien een uitzondering op deze regel werd gevonden in de Euthanasiewet.

ingetreden, vervalt deze beperking. Aldus ontstaat de mogelijkheid tot wegneming van meerdere organen ('multi-orgaandonatie'), zelfs indien deze voorheen levensnoodzakelijk waren.³⁶⁸² Het verbaast dus niet dat overleden donoren in België de belangrijkste bron van organen zijn.

792. De *dead donor rule* creeërt evenwel een spanning binnen de transplantatiepraktijk. Enerzijds is het voor de orgaanontvanger van belang om de organen bij de donor zo levensvatbaar en dus zo snel mogelijk weg te nemen. Hoe langer na het overlijden wordt gewacht met de orgaanwegneming, hoe slechter dat de kwaliteit van de organen wegens o.a. ischemie dreigt te worden. Anderzijds impliceert de *dead donor rule* ter bescherming van de donor dat het daadwerkelijk overlijden van de donor met grote zekerheid en dus niet té snel moet worden vastgesteld.³⁶⁸³ Deze paradox werd door J.-P. Doll mooi samengevat als "*le problème du prélèvement d'un organe « frais » sur un organisme « vraiment mort »*."³⁶⁸⁴ Het is bijgevolg essentieel om met de grootste precisie het vroegste moment van de dood te kunnen bepalen.³⁶⁸⁵ Er is een duidelijke scheidingslijn tussen leven en dood vereist.³⁶⁸⁶

Het belang van precisie bij de doodsbepaling beperkt zich overigens niet tot de integriteit van de donor, maar raakt ook onrechtstreeks de kandidaat-ontvangers. Één van de mogelijke redenen waarom sommige potentiële donoren of hun nabestaanden zich verzetten tegen orgaanwegneming *post mortem* is de vrees dat artsen hen wegens hun donorstatus prematuur dood zouden verklaren om zoveel mogelijk transplantaties te kunnen bewerkstelligen.³⁶⁸⁷ Bij gebrek aan een duidelijke scheidingslijn tussen leven en dood dreigt dit publieke wantrouwen toe te nemen en de donatiebereidheid sterk te doen dalen.³⁶⁸⁸

Alvorens over het wegnemingsregime voor overleden donoren te spreken, moet bijgevolg de uitdaging van de doodsvaststelling worden aangegaan. Meer bepaald moet eerst worden onderzocht *wat* de dood juist is. Waar trekken we de grens tussen de levende mens en de overleden mens? Dit betreft de vraag naar het doodskoncept (afd. 2). Vervolgens moet worden onderzocht *hoe* de dood kan worden vastgesteld. Is de grens tussen leven en dood *in*

³⁶⁸² Zie ook: J.A. ROBERTSON, "The Dead Donor Rule", *Hastings Center Report* 1999, (6) 7; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, 13 en 40.

³⁶⁸³ E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen. De praktijk van postmortale orgaandonatie: een kritische beschouwing*, Utrecht, Van der Wees, 1999, 21-22; S.J. YOUNGNER, R.M. ARNOLD en M.A. DEVITA, o.c., *Hastings Center Report* 1999, (14) 14-15; GEZONDHEIDSRaad, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, Den Haag, Gezondheidsraad, 2003, nr. 2003/1, 221.

³⁶⁸⁴ J.-P. DOLL, *La discipline des greffes, des transplantations et des autres actes de disposition concernant le corps humain*, 1970, 188.

³⁶⁸⁵ Zie o.a.: B. SLUYTERS, "Juridische aspecten" in J.M. GREEP (ed.), *Orgaantransplantatie*, Leiden, Stafleu, 1970, (361) 373-374; M.T. MEULDERS-KLEIN, "Le corps humain, personnalité juridique et famille en droit belge" in TRAVAUX DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT XXVI, *Le corps humain et le droit (journées belges)*, Parijs, Dalloz, 1975, (19) 34; L. BRUNET, "Le médecin et la mort/Le médecin et le mort: fin de vie et prélèvement d'organes" in F. BELLIVIER en C. NOIVILLE, *Nouvelles frontières de la santé, nouveaux rôles et responsabilités du médecin*, Parijs, Dalloz, 2006, (137) 138 en 142; S.E. JOSSELYN, *Informed Consent as a Requirement for Post Mortem Organ Donation*, Saarbrücken, VDM Verlag Dr. Müller, 2008, 29-30; D. MARQUIS, "Are DCD Donors Dead?", *Hastings Center Report* 2010, (24) 24-25; S. FRY-REVERE, T. REHER en M. RAY, "Death: A New Legal Perspective", *J. Contemp. Health L. & Pol'y* 2010-11, (1) 5 en 8; J.L. BERNAT, "On Noncongruence between the Concept and Determination of Death", *Hastings Center Report* 2013, (25) 25.

³⁶⁸⁶ C.F. WERY, "Beschikken over eigen lichaam en lichaamsdelen", *Ars Aequi* 1976, (305) 312.

³⁶⁸⁷ R.D. FRIELE *et al.*, *Derde evaluatie Wet op de orgaandonatie*, 2006, 103-104; S. TACK, "Leven doorgeven. Een beschrijvend onderzoek naar de prelevatieprocedure bij 'non-heart-beating' donoren met specifieke aandacht voor nierdonatie", *Orpadt forum* 2006, jaargang 7, nr. 1, (20) 24-25; F. BILGEL, *The law and economics of organ procurement*, Cambridge, Intersentia, 2011, 7-8.

³⁶⁸⁸ H.D.C. ROSCAM ABBING, "Belangen en wetgever" in J.E.M. AKVELD *et al.* (eds.), *Orgaandonatie, een kwestie van bereidheid*, Lelystad, Koninklijke Vermande, 1988, (97) 109; I. BOONE, "Het wegnemen en transplanteren van organen volgens het Belgische recht", *TPR* 1996, (91) 119. Zie ook: J.F. CHILDRESS, "Ethical Criteria for Procuring and Distributing Organs for Transplantation" in J.F. BLUMSTEIN en F.A. SLOAN (eds.), *Organ transplantation policy: issues and prospects*, Durham, Duke University Press, 1989, (87) 91; B. VAN HAELEWIJCK, *Don d'organes. Don de tissus*, Brussel, Kluwer, 2002, 28; B. VAN HAELEWIJCK, o.c. in A. VAN ORSHOVEN en Y. EGBERT (eds.), *"Levenstestament" en andere voorafgaande wilsverklaringen*, Antwerpen, Garant, 2003, (153) 155; S. FRY-REVERE, T. REHER en M. RAY, o.c., *J. Contemp. Health L. & Pol'y* 2010-11, (1) 55-56.

casu overschreden? Dit betreft de vraag naar de doodsdagnostiek (afd. 3). Het doodsfenomeen vormt evenwel een proefschriftonderwerp op zich en kan onmogelijk binnen het raam van een proefschrift over de verschillende juridische aspecten van orgaantransplantatie exhaustief onderzocht worden. De aandacht zal dan ook enkel uitgaan naar de aspecten die voor orgaanwegneming bij mensen relevant zijn.

Afdeling 2. Het doodskoncept

793. Het wordt meteen duidelijk dat de Orgaantransplantatiewet met betrekking tot de vaststelling van het overlijden slechts half werk levert. Zo regelt artikel 11 Orgaantransplantatiewet op weinig specifieke wijze hoe het overlijden moet worden vastgesteld: volgens “*de jongste stand van de wetenschap*”. Deze open norm is vatbaar voor doctrinale en jurisprudentiële interpretatie. Het is niettemin duidelijk dat deze bepaling enkel betrekking heeft op de doodsdagnostiek.³⁶⁸⁹ Ze bevat nauwelijks aanwijzingen omtrent het doodskoncept. Dit is vreemd. Immers, hoe valt te diagnosticeren of de dood is ingetreden zonder een doodskoncept dat bepaalt wat de dood is? Aldus zal hierna gezocht worden naar een doodskoncept aan de hand waarvan artikel 11 Orgaantransplantatiewet kan worden uitgevoerd.

§ 1. PERSOONLIJKHEID VERSUS LICHAMELIJKHEID

794. De dood kan op vele verschillende manieren geconceptualiseerd worden. Hierbij kan *grosso modo* een onderscheid worden gemaakt tussen de persoonlijkheidsvisie (*infra* A) en de lichamelijkevisie (*infra* B).

A. De persoonlijkheidsvisie

795. De algemeen aanvaarde stelling in het Belgische recht luidt dat de dood het einde van de juridische persoonlijkheid van de natuurlijke persoon als drager van rechten en plichten betekent.³⁶⁹⁰ Het lichaam of althans het stoffelijk overschot ervan wordt dan een lijk genoemd.³⁶⁹¹ Ook de Orgaantransplantatiewet gaat deze richting uit. Zo vereist artikel 11 “*het overlijden van de donor*” en definieert artikel 1ter, 2° de donor als “*een persoon (...), ongeacht of de donatie tijdens het leven of na de dood van die persoon plaatsvindt*” (eigen

³⁶⁸⁹ In dezelfde zin: C. LEMMENS, “De vaststelling en de publiciteit van het overlijden” in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1513) 1538, die stelt dat de verwijzing naar de stand van de wetenschap betrekking heeft op de testen.

³⁶⁹⁰ H. DE PAGE, *Traité. Les personnes II. Vol. 1*, Brussel, Bruylant, 1990, 14; R. DEKKERS en A. WYLLEMAN, *Handboek burgerlijk recht. Deel I. Personen- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 50; J. PETIT, “Kunnen familieleden zich tegen een autopsie verzetten?”, *VI. T. Gez.* 1983-84, (109) 109; G. BAETEMAN, *Personen- en gezinsrecht*, 1992, 45; D. LYBAERT, o.c., *Panopticon* 1993, (390) 399; A. HEYVAERT, *Het personen- en familierecht ont(k)leed*, 2002, 30 en 31; D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginnelen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 64; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2005, 29 en 35; R. DE CORTE, *Overzicht van het burgerlijk recht*, Kluwer, Mechelen, 2005, 364; H. NYS, “Organ Transplantation” in J.K.M. GEVERS, E.H. HONDIUS en J.H. HUBBEN (eds.), *Health Law, human rights and the Biomedicine Convention: essays in honour of Henriette Roscam Abbing*, Nijhoff, Leiden, 2005, (219) 225; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, 2001, 47; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 2014 (3^{de} editie), 52; J. DE HERDT, *Fysiek interpersoonlijk geweld*, 2014, 24-25; C. LEMMENS, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1513) 1513; N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, Antwerpen, Intersentia, 2015, nr. 53.

³⁶⁹¹ R. DIERKENS, *Lichaam en lijk*, 1962, 135; C. TROUET, *Van lichaam naar lichaamsmateriaal. Nader gebruik van cellen en weefsels*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 58; T. VANSWEEVELT, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1559) 1559. Zie verder ook de bronnen in de vorige voetnoot.

onderlijning).³⁶⁹² Bijgevolg lijkt het mij coherent en gerechtvaardigd om de dood juridisch in te vullen in functie van het verdwijnen van de persoon(lijkheid).³⁶⁹³

De cruciale vraag luidt dan: wat is er essentieel aan de persoon?³⁶⁹⁴ De persoonsessentie moet m.i. gezocht worden in de incorporatie of integratie van een menselijke geest (psychische aspect) in het menselijk lichaam (fysieke of somatische aspect), en meer bepaald het vermogen van denken en voelen dat hierdoor bestaat. Zodra deze psychosomatische eenheid volledig verdwijnt, verdwijnt ook de persoon en treedt de dood in.³⁶⁹⁵

B. De lichamelijkevisie

796. De persoonlijkheidsvisie van de dood wordt echter niet universeel aanvaard. Volledigheidshalve moeten hier ook andere mogelijke stellingen worden vermeld. Zo menen sommigen dat niet enkel het verlies van de geest, *maar ook* het verlies van biologisch functioneren vereist is voor de dood.³⁶⁹⁶ Anderen verplaatsen de klemtoon zelfs volledig van het geestelijke naar het biologische, lichamelijke aspect. Zo meent J. Shaw dat de dood het fysieke einde van het menselijke organisme is en de menselijke geest slechts een bijverschijnsel van dit organisme uitmaakt.³⁶⁹⁷ In België argumenteerde C. Lemmens dat de dood gelijk moet zijn voor eenieder en dat de biologische dood deze gelijkheid meebrengt.³⁶⁹⁸

Binnen deze lichamelijkevisie bestaan verschillende subvisies. Zo stellen velen dat niet het functioneren van iedere cel in het gehele organisme, maar wel het functioneren van het organisme als geheel moet verloren gaan.³⁶⁹⁹ In dezelfde lijn poneerde de Amerikaanse *President's Council* in 2008 de stelling dat de dood neerkomt op het stilvallen van het

³⁶⁹² Vgl. ook: Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220-9, 19, waar bevestigd werd dat de overleden donor immers zijn natuurlijke persoonlijkheid verliest vanaf het overlijden.

³⁶⁹³ Zie ook: J. SAVATIER, "Et in hora mortis nostrae. Le problème des greffes d'organes prélevés sur un cadavre", *D. chron.* 1968, (89) 92; H.A.H. VAN TILL-D'AULNIS DE BOUROUILL, *o.c.*, *TPR* 1974, (495) 498; E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 79.

³⁶⁹⁴ I. KENNEDY, *The unmasking of medicine*, 1982, 161 en 164; ACADEMY OF MEDICAL ROYAL COLLEGES, *A Code of Practice for the Diagnosis and Confirmation of Death*, 2008, www.bts.org.uk, 11.

³⁶⁹⁵ H.A.H. VAN TILL-D'AULNIS DE BOUROUILL, "Doodscriteria. Achtergronden van de verwarring en een poging tot verheldering", *TPR* 1974, (495) 502, 505-506 en 541, die onder meer stelt dat de mens toch wel meer is dan een biologische entiteit; J.H.S. VAN HERTEN, "De rechtspositie van lichaam, lijk, stoffelijke resten, organen en niet-menselijke implantaten", *WPNR* 1984, (155) 156; D. LYBAERT, *o.c.*, *Panopticon* 1993, (390) 401-402; R.M. VEATCH, *o.c.*, *Hastings Center Report* 1993, (18) 21; A.A.F. JOCHEMS en F.W.M.G. JOOSTEN, *Coelho*, 2009, 576 (tw. Mors); A. GARWOOD-GOWERS, *o.c.*, *EJHL* 2013, (383) 404. Zie in die richting ook: art. 1 Universele Verklaring van de Rechten van de Mens, *BS* 31 maart 1949 ('alle mensen zijn begaafd met rede en geweten'); Concl. Adv-Gen. VAN ASCH VAN WIJK onder Hoge Raad 25 juni 1946, *NJ* 1946, (648) 649 ('denken en willen'); H.J.J. LEENEN, *Rechten van mensen in de gezondheidszorg*, 1978, 250 ('bewustzijn en gewaarwording'); X. LABBÉE, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, 1990, 24-25 ('psychische en morele organisatie'); T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 27-28 en 29 ('verlies van relationele functie'); E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 82 en 126-127 ('bewustzijn, persoonlijke identiteit en cognitieve functies'); Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2005, 36 ('geweten'); P. DELNOY, *Les libéralités et les successions*, 2006 (2^{de} ed.), 86 ('psychologische bestanddelen en relationele leven'); G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Brussel, Larcier, 2010, 632 ('geweten').

³⁶⁹⁶ X. LABBÉE, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, 1990, 53-54; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 59. Vgl. ook: E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 82.

³⁶⁹⁷ J. SHAW, "Of Mitochondria and Men: Why Brain Death Is Not the Death of the Human "Organism as a Whole"", *McGill J.L. & Health* 2013-14, (235) 239 e.v.

³⁶⁹⁸ C. LEMMENS, *o.c.* in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1513) 1514-1515 en 1542.

³⁶⁹⁹ Zie o.a.: A. SHEWMON, "The Brain and Somatic Integration: Insights Into the Standard Biological Rationale for Equating "Brain Death" With Death", *J. Med. Phil.* 2001, (457) 458 en 46, die het bewustzijn geen noodzakelijke voorwaarde voor de somatische integratieve functie acht; J.L. BERNAT, *o.c.*, *J.L. Med. & Ethics* 2006, (35) 38; J.V. ROSENFELD en P.J. LENNARSON, "Coma and Brain Death" in A.H.V. SCHAPIRA (ed.), *Neurology and Clinical Neuroscience*, Philadelphia, Mosby, 2007, (97) 106. Vgl. ook: W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 8-11 en 104, die spreekt van het 'organisatieconcept'.

“fundamental vital work of a living organism – the work of self-preservation, achieved through the organism’s need-driven commerce with the surrounding world”.³⁷⁰⁰

§ 2. BELANG VAN DE HERSENFUNCTIE

797. De persoonlijkheidsopvatting verhindert niet dat de dood nader kan worden omschreven als een biologische, lichamelijke realiteit,³⁷⁰¹ weliswaar zonder dit biologische aspect *in se* bepalend te achten. Zoals gezegd, is volgens de persoonlijkheidsopvatting het vermogen tot denken en voelen via de menselijke geest determinerend. Welnu, deze geestelijke functies moeten volgens de huidige stand van de wetenschap gesitueerd worden binnen het fysieke, menselijke lichaam.³⁷⁰² Er kan zelfs nog een stap verder worden gegaan. Deze functies kunnen namelijk allen gelokaliseerd worden binnen één welbepaald orgaan, nl. de hersenen.³⁷⁰³ Het uitvallen van de hersenen leidt dus tot de dood van de persoon.³⁷⁰⁴ In die zin berust het doodskoncept op de ‘hersendood’. Dat de hersendood gelijkstaat aan de dood wordt ruim aanvaard, ongeacht of men zich al dan niet op de persoonlijkheidsvisie beroept.³⁷⁰⁵

798. Nochtans wordt de vereenzelviging van het uitvallen van de hersenfunctie met de dood niet universeel aanvaard. Zo kan men tot een ander besluit komen wanneer men zich niet op de persoonlijkheids- maar op de lichamelijkevisie steunt. Zo besliste de politierechter van Hasselt in een betwist vonnis van 30 juni 1986 dat niet enkel de hersenfuncties maar ook de hart- en ademhalingsfuncties definitief moeten zijn uitgevallen opdat de dood kan intreden.³⁷⁰⁶ J. Shaw komt dan weer tot het besluit dat het verdwijnen van levensvatbare mitochondriën (de energieproducerende mechanismen in onze cellen) constitutief is voor de (biologische) dood.³⁷⁰⁷

³⁷⁰⁰ PRESIDENT’S COUNCIL ON BIOETHICS, *Controversies in the Determination of Death*, 2008, <https://bioethicsarchive.georgetown.edu>, 60. Zie voor uitvoerige kritiek hierop: J. SHAW, o.c., *McGill J.L. & Health* 2013-14, (235) 253 e.v.

³⁷⁰¹ Vgl. PRESIDENT’S COUNCIL ON BIOETHICS, *Controversies in the Determination of Death*, 2008, <https://bioethicsarchive.georgetown.edu>, 50.

³⁷⁰² Vgl. M.T. MEULDERS-KLEIN, o.c. in TRAVAUX DE L’ASSOCIATION HENRI CAPITANT XXVI, *Le corps humain et le droit (journées belges)*, 1975, (19) 19.

³⁷⁰³ M.H. BEERS *et al.*, *Merck Manual. Medisch handboek*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum, 2005 (2^{de} ed.), 433; F.H. MARTINI en E.F. BARTHOLOMEW, *Anatomie en fysiologie. Een inleiding*, Amsterdam, Pearson, 2011 (4^{de} ed.), 295.

³⁷⁰⁴ H.A.H. VAN TILL-D’AULNIS DE BOUROUILL, o.c., *TPR* 1974, (495) 502, 506, 520-521 en 530; A. CHARAF ELDINE, “Les prélèvements d’organes. Commentaire de la loi n° 76-1181 du 22 déc. 1976”, *Rev. Dr. Sanit.* 1978, (445) 459; H.J.J. LEENEN, *Rechten van mensen in de gezondheidszorg*, 1978, 249; I. KENNEDY, *The unmasking of medicine*, 1982, 162; H.A.H. BARONESSE VAN TILL-D’AULNIS DE BOUROUILL, “Donorbescherming bij postmortale orgaanverwijdering”, *TvGR* 1984, (21) 23; Juridische nota, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220-9, 54; G. BAETEMAN, *Personen- en gezinsrecht*, 1992, 46; M.F. ANDERSON, “The Future of Organ Transplantation: From Where Will New Donors Come, to Whom Will Their Organs Go?”, *Health Matrix* 1995, vol. 5, (249) 275; E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 21, 28, 82, 126-128; B. VAN HAELEWIJCK, *Don d’organes. Don de tissus*, 2002, 41; B. DICKENS, “Death” in A. GRUBB (ed.), *Principles of medical law*, Oxford, Oxford University Press, 2004 (2^{de} ed.), (1133) 1135; P. SCHOTSMANS, *Handboek medisch ethiek*, Leuven, LannooCampus, 2008, 162.

³⁷⁰⁵ J.P. MERRILL, “Statement of the Committee on Morals and Ethics of the Transplantation Society”, *Ann. Internal Med.* 1971, vol. 75, (631) 632; P. MORRIS, “Introduction” in P. MORRIS *et al.* (eds.), *Regard éthique: les transplantations*, Straatsburg, Éditions du Conseil de l’Europe, 2003, (11) 14; D. GARDINER *et al.*, “International perspective on the diagnosis of death”, *BJA* 2012, (i14) i14 en i15-i16.

³⁷⁰⁶ Pol. Hasselt 30 juni 1986, *T. Vred.* 1988, 253. In dezelfde zin: P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2011, 48; K. VANWINCKELEN, “Openvallen van erfenissen – Commentaar bij art. 718 B.W.” in *Comm. Erf.*, 2008, *curr.*, nr. 11; M. PUELINCKX-COENE, *Erfrecht. Deel I*, 2011, 50-51. *Contra*: Pol. Luik 26 oktober 1981, *JT* 1982, 433 en *JLMB* 1982, 90, noot J.H.; H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 1991 (1^{ste} ed.), 320, die stelt dat méér vereisen dan het uitvallen van de hersenfunctie het vereiste van menselijke zekerheid te boven zou gaan; I. BOONE, o.c., *TPR* 1996, (91) 120; Corr. Brussel 2 januari 2008, *NC* 2009, 134, noot A. DIERICKX en F. DEWALLENS (over de toepassing van art. 422bis Sw.); G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2010, 632.

³⁷⁰⁷ J. SHAW, o.c., *McGill J.L. & Health* 2013-14, (235) 265 e.v.

§ 3. ONOMKEERBAARHEID

799. Ondanks de bovenstaande discussie wordt wél (zo goed als) unaniem aanvaard dat de dood een onomkeerbaar of irreversibel verschijnsel is.³⁷⁰⁸ Zelden wordt echter aangegeven waarom dit zo is. De reden kan gezocht worden in het feit dat verschillende maatschappelijke gevolgen die men koppelt aan de dood, zeer moeilijk tot onmogelijk zijn om te keren.³⁷⁰⁹ Dit geldt voor de vereffening van het vermogen en de crematie, maar gaat zeker ook op voor de orgaanweegming. In het algemeen speelt uiteraard ook het belang van de rechtszekerheid.

§ 4. VOORSTEL TOT EEN WETTELIJK DOODSCONCEPT

800. Zoals gezegd, bepaalt de Belgische wetgeving niet uitdrukkelijk welk doodskoncept moet worden gevolgd. Nochtans is het doodskoncept bepalend voor de doodsdagnostiek en zo voor de vraag in hoeverre organen mogen worden weggenomen voor transplantatiedoeleinden. De vraag rijst bijgevolg of deze leemte moet worden opgevuld. Een positief antwoord veronderstelt m.i. dat de wetgever zijn wetgevend handelen kan steunen op legitimiteit, opportuniteit en uitvoerbaarheid. Aan de hand van deze drie elementen zal hieronder de vraag naar een wettelijk doodskoncept worden beantwoord.

801. Allereerst: bezit de wetgever de legitimiteit om de dood te definiëren? Het antwoord is m.i. zonder twijfel bevestigend. Het doodskoncept is geen louter biologische, fysiologische of medische, maar wél een maatschappelijke kwestie.³⁷¹⁰ De dood bestaat als concept immers enkel omdat wij als mensen er maatschappelijke (incl. juridische) gevolgen aan koppelen.³⁷¹¹ Logischerwijze komt de definiëring van het doodskoncept dan niet louter toe aan één bepaalde beroepsgroep (bv. artsen), maar wél aan de gehele maatschappij, vertegenwoordigd door een

³⁷⁰⁸ België: Pol. Hasselt 30 juni 1986, *T. Vred.* 1988, 253; C. LEMMENS, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1513) 1516. Frankrijk: art.R.1232-1 CSP (dood op basis van een cardio-respiratoir criterium) en R.1232-2 CSP (dood op basis van een neurologisch criterium). Nederland: art. 14, lid 2 en 22, lid 3 WOD; H.J.J. LEENEN, *Rechten van mensen in de gezondheidszorg*, 1978, 250; H.A.H. VAN TILL-D'AULNIS DE BOUROUILL, o.c., *TPR* 1974, (495) 499, 506 en 516. Schijnbaar contra: E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 30. Verenigd Koninkrijk: D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 76. USA: § 1 UDDA 1980; REPORT OF THE AD HOC COMMITTEE OF THE HARVARD MEDICAL SCHOOL, o.c., *JAMA* 1968, (337) 337; J.L. BERNAT, o.c., *J.L. Med. & Ethics* 2006, (35) 37; D. MARQUIS, o.c., *Hastings Center Report* 2010, (24) 28. Contra: D.J. COLE, o.c., *J. Med. Ethics* 1992, (26) 27 en 29.

³⁷⁰⁹ Vgl. D.J. COLE, o.c., *J. Med. Ethics* 1992, (26) 26-27.

³⁷¹⁰ Zie o.a. voor België: R. DIERKENS, *Lichaam en lijk. Raakpunten van recht en geneeskunde*, Brugge, die Keure, 1962, 136; M.T. MEULDERS-KLEIN, o.c. in TRAVAUX DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT XXVI, *Le corps humain et le droit (journées belges)*, 1975, (19) 20; H. WILLEKENS, "De rol van het recht in de medicalisering van de maatschappelijke besluitvorming: abdicatie en organisatie" in A. HEYVAERT, R. KRUIHOF en T. VANSWEEVELT (eds.), *Juridische aspecten van de geneeskunde*, Antwerpen, Kluwer, 1989, (11) 16; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, Brussel, Services fédéraux des affaires scientifiques, techniques et culturelles, 1996, 26; A. HEYVAERT, *Het personen- en familierecht ont(k)leed*, Gent, Mys & Breesch, 2002, 31; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 2014 (3^{de} editie), 52 (deels culturele, deels wetenschappelijke kwestie). Nederland: B. SLUYTERS, o.c. in J.M. GREEP (ed.), *Orgaantransplantatie*, 1970, (361) 375-377 en 393; H.A.H. VAN TILL-D'AULNIS DE BOUROUILL, o.c., *TPR* 1974, (495) 517-518; H.J.J. LEENEN, *Rechten van mensen in de gezondheidszorg*, 1978, 248 en 250; N.P.Y.M. DE BIJL, "Wet op de lijkbezorging", *TvGR* 1985, (207) 213; W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 8; E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 23-24, 77 en 80. Frankrijk: J.B. GRENOUILLEAU, "Commentaire de la loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes", *D.* 1977, (213) 220. Verenigd Koninkrijk: G. DWORKIN, "The law relating to organ transplantation in England", *Mod. L. Rev.* 1970, vol. 33, (351) 375; C. PALLIS, o.c., *J. Med. Ethics* 1983, (32) 36; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 47. USA: REPORT OF THE AD HOC COMMITTEE OF THE HARVARD MEDICAL SCHOOL, "A Definition of Irreversible Coma", *JAMA* 1968, (337) 337; A.M. CAPRON en L.R. KASS, o.c., *Pa. L. Rev.* 1972, (87) 102-103; *In re Bowman*, 617 P.2d 731 (Sup. C. Wash. 1980); R.M. VEATCH, "The Impending Collapse of the Whole-Brain Definition of Death", *Hastings Center Report* 1993, (18) 21 en 24; S.J. YOUNGNER, R.M. ARNOLD en M.A. DEVITA, o.c., *Hastings Center Report* 1999, (14) 20; A.K. GLAZIER, o.c., *Kan. J.L. & Pub. Pol'y* 2000, (640) 641; PRESIDENT'S COUNCIL ON BIOETHICS, *Controversies in the Determination of Death*, 2008, <https://bioethicsarchive.georgetown.edu>, 49; E.P. FOLEY, *The Law of Life and Death*, 2011, 11 en 13.

³⁷¹¹ In gelijkaardige zin: H.J.J. LEENEN, *Rechten van mensen in de gezondheidszorg*, 1978, 53 en 248.

democratisch verkozen wetgever.³⁷¹² Om het in de woorden van B. Portnoi te zeggen: “*Laissons au corps médical le soin d'utiliser science et techniques pour s'assurer d'un fait, mais donnons à la Nation (ou à ses représentants) la possibilité de dire de quel fait il doit s'agir.*”³⁷¹³

802. Vervolgens: is het opportuun om het doodskoncept wettelijk te definiëren? Bij de totstandkoming van de Orgaantransplantatiewet achtte de wetgever dit niet opportuun, gelet op de mogelijke evoluties in de medische wetenschap.³⁷¹⁴ Zo wenste de wetgever te vermijden dat de wetgeving te snel achterhaald zou worden. Dit is een frequent gemaakte redenering *contra* een wettelijke doodsddefinitie.³⁷¹⁵ Deze redenering gaat echter niet op ten aanzien van het doodskoncept. Het zijn immers niet zozeer het doodskoncept, maar slechts de diagnostische criteria van de dood die aan snelle medisch-wetenschappelijke evolutie onderhevig zullen zijn.³⁷¹⁶ Zoals bovendien al werd benadrukt, is er omtrent de doodsbepaling zo'n groot mogelijke duidelijkheid en zekerheid nodig ter bescherming van de donor, alsook voor het behoud van het publieke vertrouwen in de transplantatiepraktijk en van de orgaandonatiebereidheid.³⁷¹⁷ Dit is een sterk argument om juist wél het doodskoncept te codificeren.³⁷¹⁸ Aldus is de nodige opportuniteit om wetgevend te handelen aanwezig.

803. Ten slotte: is een wettelijke definiëring van het doodskoncept uitvoerbaar? Verschillende auteurs zijn hierover sceptisch. Sommigen denken aan het risico van meningsverschillen over de wenselijke juridische maatstaf of aan een gebrek aan consensus.³⁷¹⁹

³⁷¹² A.M. CAPRON en L.R. KASS, *o.c.*, *Pa. L. Rev.* 1972, (87) 93-95; H.A.H. VAN TILL-D'AULNIS DE BOUROUILL, *o.c.*, *TPR* 1974, (495) 504 en 517-518; I. KENNEDY, *The unmasking of medicine*, 1982, 161 en 164. Zie ook: A. DEMOOR, *o.c.*, *Jura Falc.* 1976-77, (69) 78; *In re Bowman*, 617 P.2d 731 (Sup. C. Wash. 1980), waar de legitimiteit veeleer aan *case law* wordt gegeven; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 19; C. LEMMENS, *o.c.* in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1513) 1541.

³⁷¹³ B. PORTNOI, *o.c.*, *Gaz. Pal.* 1988, (300) 302.

³⁷¹⁴ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 1984-1985, nr. 832-1, 11; Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220/9, 20 en 47; Juridische nota, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220-9, 55.

³⁷¹⁵ Zie immers ook: B. SLUYTERS, *o.c.* in J.M. GREEP (ed.), *Orgaantransplantatie*, 1970, (361) 380; M. KUSANOVICH, “Medical Malpractice Liability and the Organ Transplant”, *U.S.F. L. Rev.* 1970-71, (223) 256; J. MATTHIJS, *o.c.*, *RW* 1971-72, (209) 220-221; M.T. MEULDERS-KLEIN, *o.c.* in TRAVAUX DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT XXVI, *Le corps humain et le droit (journées belges)*, 1975, (19) 37; H.J.J. LEENEN, *Rechten van mensen in de gezondheidszorg*, 1978, 249-250; Pol. Luik 26 oktober 1981, *JT* 1982, 433 en *JLMB* 1982, 90, noot J.H.; W.R. VROOM-KASTELEIN, “Toestemming voor orgaandonatie: geen bezwaar?”, *TvGR* 1986, (154) 158; J.E.M. AKVELD, *Transplantatie en wetgeving*, 1987, 146; G. BAETEMAN, *Personen- en gezinsrecht*, 1992, 46; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 27.

³⁷¹⁶ H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 1991 (1^{ste} ed.), 319; W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 104-105 en 274; B. FURROW et al., *Health Law*, St. Paul, West Publishing, 1995, 681. Zie ook: H.A.H. VAN TILL-D'AULNIS DE BOUROUILL, *o.c.*, *TPR* 1974, (495) 541; D. LYBAERT, *o.c.*, *Panopticon* 1993, (390) 401, die stelt dat mogelijke evoluties geen excuus zijn, aangezien het recht veranderlijk is in de tijd en aan maatschappelijke evoluties moet worden aangepast.

³⁷¹⁷ Zie *supra* Afd. 1 van dit Hoofdstuk.

³⁷¹⁸ Zie in dezelfde zin: A.M. CAPRON en L.R. KASS, *o.c.*, *Pa. L. Rev.* 1972, (87) 88, die ook verwijzen naar de bescherming van de artsen; M.T. MEULDERS-KLEIN, *o.c.* in TRAVAUX DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT XXVI, *Le corps humain et le droit (journées belges)*, 1975, (19) 35 en 37-38; A. CHARAF ELDINE, *o.c.*, *Rev. Dr. Sanit.* 1978, (445) 459-460; W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 104-105 en 274; D. LYBAERT, *o.c.*, *Panopticon* 1993, (390) 400-401, die een definitie nodig acht op basis van het legaliteitsbeginsel [!]; F. GRANET-LAMBRECHTS, “Les dons d'organes, de tissus, de cellules et de produits du corps humain: de la loi Caillavet aux lois bioéthique”, *RD Sanit. Soc.* 1995, (1) 12-13; N. NEFUSSY-LEROY, *Organes humains: prélèvements, dons, transplantations*, Parijs, Eska, 1999, 45; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 78-79. Zie ook: Eurotransplant Manual, [versie 3.0., 2013], www.eurotransplant.org, nr. 1.4.1.1., waar werd gesteld dat het juridisch kader een adequate definitie van hersendood moet bevatten. *Contra*: A.-C. SQUIFFLET, “Le droit face à la pénurie d'organes: quels apports pour quelle efficacité?”, *Ann. dr. Louvain* 2011, (357) 389, die het gebrek aan doodsddefinitie toejuicht omdat het medisch korps zo via autoregulering (maar onder deontologisch toezicht) beter de mogelijke orgaanbronnen kan vergroten; B. SLUYTERS, *o.c.* in J.M. GREEP (ed.), *Orgaantransplantatie*, 1970, (361) 379, die stelde dat er in de praktijk al een beverdigende situatie was ontstaan zonder wettelijke definitie. Hiertegen kan nochtans gesteld worden dat een gebrek aan geschillen niet betekent dat er geen probleem is. De meeste beschikken bij deze uiterst complexe materie niet over de kennis om opmerkingen te maken, laat staan bewijsmateriaal te vinden (cf. H.A.H. VAN TILL-D'AULNIS DE BOUROUILL, *o.c.*, *TPR* 1974, (495) 496-498).

³⁷¹⁹ A.M. CAPRON en L.R. KASS, *o.c.*, *Pa. L. Rev.* 1972, (87) 102-103; J.F. LEAVELL, *o.c.*, *Miss. L.J.* 1973, (865) 867; S.K. SHAH en F.G. MILLER, *o.c.*, *Am J.L. & Med.* 2010, (540) 568. Vgl. ook: Juridische nota, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220-9, 55.

Een algehele consensus is echter niet vereist in een democratie; een meerderheidsbeslissing volstaat. Anderen stellen dan weer dat de wettelijke definitie van de dood nooit goed omschreven zal kunnen worden³⁷²⁰ of achten het nodig om (slechts) een open norm te hanteren,³⁷²¹ wat weinig praktisch nut zou opleveren³⁷²². Niettemin moet het m.i. wel degelijk mogelijk zijn om een omschrijving te bedenken die voldoende ruimte laat voor wetenschappelijke evolutie en tegelijk voldoende concrete elementen bevat opdat de rechtspraak en de rechtsleer de doodsdiagnosemethoden eraan kunnen toetsen. Hiermee kan naadloos worden overgegaan naar het tweede thema van de doodsproblematiek: de doodsdiagnostiek.

Afdeling 3. De doodsdiagnostiek

804. De doodsdiagnostiek betreft de vraag of een welbepaalde patiënt beantwoordt aan het doodskoncept. Anders dan voor het doodskoncept bevat de Belgische wetgeving hiervoor wél enkele normen.³⁷²³ Deze normen zitten, zoals gezegd, vervat in artikel 11 Orgaantransplantatiewet. Voor orgaanwegname na dood is het onvoldoende dat de dood feitelijk is ingetreden. Ze moet ook overeenkomstig artikel 11 worden vastgesteld, wat doorgaans een retrospectieve daad is.³⁷²⁴ Er kan een onderscheid worden gemaakt tussen de medische aspecten (§1) en de procedurele aspecten (§2) van de doodsdiagnostiek.

§ 1. MEDISCHE ASPECTEN

A. De ‘jongste stand van de wetenschap’

1. Draagwijdte

805. Volgens artikel 11, lid 2 Orgaantransplantatiewet moet de dood worden vastgesteld overeenkomstig de “*jongste stand van de wetenschap*”.³⁷²⁵ De wet vereist verder geen specifieke technische handelingen.³⁷²⁶ Het gaat dus om een open norm, respectvol ten aanzien van de therapeutische vrijheid van de arts, maar vatbaar voor interpretatie.

Eenzijds verwijst deze open norm naar de ‘wetenschap’. Er moet worden aangenomen dat de medische wetenschap wordt bedoeld. Dit valt af te leiden uit de memorie van toelichting, waar de wetgever een open norm verkoos om zich te wapenen tegen evoluties in de *medische* wetenschap.³⁷²⁷ Dit valt eveneens af te leiden uit het doodskoncept. Zoals verdedigd, speelt thans de hersenfunctie een determinerende rol voor de dood. De anatomie en fysiologie van de

³⁷²⁰ Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220-9, 20-21. Zie ook: Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2005, 35 ; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2010, 631.

³⁷²¹ H.J.J. LEENEN, *Rechten van mensen in de gezondheidszorg*, 1978, 250 ; J. DE HERDT, *Fysiek interpersoonlijk geweld*, 2014, 25.

³⁷²² A.M. CAPRON en L.R. KASS, *o.c.*, *Pa. L. Rev.* 1972, (87) 102-103.

³⁷²³ De levensdiagnostiek is nog precairder, aangezien de wet hiervoor geen regels bevat.

³⁷²⁴ Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220-9, 20, waar de doodsvaststelling aldus een ‘juridische fictie’ genoemd werd. Zie ook: H.A.H. VAN TILL-D’AULNIS DE BOUROUILL, *o.c.*, *TPR* 1974, (495) 502 en 531 (behoudens bv. dood door een explosie); J.L. BERNAT, *o.c.*, *Hastings Center Report* 2013, (25) 29.

³⁷²⁵ Vgl. art. 98 Code van geneeskundige plichtenleer (“*volgens de huidige stand van de wetenschap*”).

³⁷²⁶ Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 14 december 1991 betreffende de wegneming van organen, www.ordomedic.be. Vgl. art. 15, lid 1 WOD (Nederland) en § 1 UDDA 1980 (USA).

³⁷²⁷ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 1984-1985, nr. 832-1, 11. Vgl. ook: WMA Statement on Human Organ Donation and Transplantation (S-2000-01-2006), waar de dood als een klinische kwestie wordt beschouwd.

hersenen behoren tot de medische wetenschap, dus moet de dood logischerwijze volgens deze wetenschap vastgesteld worden.³⁷²⁸

Anderzijds verwijst de open norm van artikel 11, lid 2 Orgaantransplantatiewet naar de ‘jongste stand’. Hiermee wordt niet bedoeld het recentste snuffe dat ergens net beproefd is, maar wel een ruim aanvaarde methode van doodsvaststelling.³⁷²⁹ Volgens H. Nys wekt de verwijzing naar de jongste wetenschappelijke stand de indruk dat de dood altijd moet worden vastgesteld volgens de meest geavanceerde methode, namelijk de neurologische methode.³⁷³⁰ Deze beperking kan bij nader inzien niet in artikel 11, lid 2 Orgaantransplantatiewet gelezen worden. Het is mogelijk dat binnen de medische wetenschap ruime eensgezindheid bestaat over de validiteit van verschillende, ook niet-neurologische diagnosemethoden, zodat deze allen juridisch aanvaardbaar kunnen zijn. Wel moet de gekozen methode daadwerkelijk voldoende zekerheid over de dood kunnen bieden. Bij twijfel moet de patiënt geacht worden nog in leven te zijn. In het Belgische recht kan immers een vermoeden ten voordele van het leven van de natuurlijke persoon worden aangenomen.³⁷³¹

2. Nood aan wettelijke precisering?

806. Verschillende landen hebben de doodsdagnostiek geconcretiseerd in hun wetgeving.³⁷³² Moet België dezelfde richting uit? Bij de totstandkoming van de Orgaantransplantatiewet achtte de wetgever dergelijke wettelijke definitie niet wenselijk, gelet op de mogelijke evoluties in de medische wetenschap.³⁷³³ Dit standpunt vindt ruime steun in de rechtsleer, die bevestigt dat een vaste definitie door nieuwe ontwikkelingen onbruikbaar zou worden en verstarrend zou werken.³⁷³⁴

Aangezien de medische wetenschap inderdaad soms met rasse schreden kan evolueren, terwijl de wetgever doorgaans gebonden is aan logge wetgevingsprocedures, is de voorkeur voor een open norm m.i. een verstandig uitgangspunt. Nochtans moet ook rekening worden gehouden met de sterke nood aan duidelijkheid en zekerheid, in het belang van de donor en voor het behoud van publiek vertrouwen.³⁷³⁵ In verband hiermee stelde H.A.H. Van Till-D’Aulnis de Bourouill treffend dat een geval van verkeerde doodsdiagnose “*door de twijfel en*

³⁷²⁸ H.A.H. VAN TILL-D’AULNIS DE BOUROUILL, *o.c.*, *TPR* 1974, (495) 524 en 529.

³⁷²⁹ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 1984-1985, nr. 832-1, 11. Vgl. Opinion 2.16 – Organ Transplantation Guidelines, AMA Code of Medical Ethics, <http://www.ama-assn.org>, waar verwezen wordt naar de momenteel aanvaarde en beschikbare wetenschappelijke testen.

³⁷³⁰ H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, Mechelen, Kluwer, 2005, 426, wat deze auteur niet steeds nuttig acht (bv. in geval van een lijk dat al meerdere uren in een mortuarium ligt). Zie uitvoeriger over de neurologische doodsdagnostiek *infra* B.1. van deze paragraaf.

³⁷³¹ Het overlijden moet immers worden vastgesteld, aldus art. 11, lid 1 Orgaantransplantatiewet, zodat het niet vermoed kan worden. Daarnaast kan dergelijk vermoeden worden afgeleid uit het feit dat verschillende bepalingen het leven zeer belangrijk achten (bv. art. 2 EVRM, art. 392 e.v. Sw., alsook uit art. 112 e.v. BW dat bij langdurige afwezigheid van een persoon niet overgaat tot de doodsverklaring, maar een minder verregaand vermogensrechtelijk beheersstatuut voorziet (Vgl. X. LABBÉE, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, 1990, 44). Zie ook: H.A.H. VAN TILL-D’AULNIS DE BOUROUILL, *o.c.*, *TPR* 1974, (495) 504 en 539, die het voordeel van de twijfel aan de patiënt toekent omdat hij ooit zeker in leven was.

³⁷³² Vgl. *Frankrijk*: art. R1232-1 en R1232-2 Code de la santé publique. *Nederland*: art. 14 Wet op de orgaandonatie en Besluit hersendoodprotocol. *USA*: Uniform Determination of Death Act (UDDA) 1980.

³⁷³³ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 1984-1985, nr. 832-1, 11; Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220/9, 20 en 47; Juridische nota, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220-9, 55.

³⁷³⁴ R.A. TORRINGA, “Transplantatie van menselijke organen”, *Ars Aequi* 1970, (1) 6; A.M. CAPRON en L.R. KASS, *o.c.*, *Pa. L. Rev.* 1972, (87) 103; H.A.H. VAN TILL-D’AULNIS DE BOUROUILL, *o.c.*, *TPR* 1974, (495) 541; W.R. VROOM-KASTELEIN, *o.c.*, *TvGR* 1986, (154) 158; J.E.M. AKVELD, *Transplantatie en wetgeving*, 1987, 146; G. BAETEMAN, *Personen- en gezinsrecht*, 1992, 46; B. FURROW *et al.*, *Health Law*, 1995, 681; J.K. MASON, *o.c.* in A. GRUBB, J. LAING en J. MCHALE (eds.), *Principles of medical law*, 2010 (3^{de} ed.), (1127) 1139-1140, die hierdoor onzekerheid en wantrouwen voorspelt.

³⁷³⁵ Zie *supra* Afd. 1 van dit Hoofdstuk. Zie ook: S. FRY-REVERE, T. REHER en M. RAY, *o.c.*, *J. Contemp. Health L. & Pol’y* 2010-11, (1) 60 en 74-75, die wijzen op het dilemma van artsen tussen de zorg voor de patiënt en het verkrijgen van kwaliteitsvolle organen, wat hun niet langer een ‘onpartijdige arbiter’ maakt.

onrust die het zaait, méér verlies aan donororganen kan opleveren dan honderd op onzekere gronden dood “verklaarde” donors kunnen opbrengen.”³⁷³⁶ Deze overwegingen pleiten voor transparantie en uniformiteit inzake de doodsdagnostiek.³⁷³⁷ Indien deze transparantie en uniformiteit ontbreekt met onduidelijkheid en onzekerheid tot gevolg, dan kan een optreden van de regelgever m.i. toch verantwoord zijn.³⁷³⁸ Het regelgevend ingrijpen zal dan een evenwicht moeten zoeken tussen algehele flexibiliteit en de nood aan transparantie en uniformiteit.

807. Een evenwicht tussen flexibiliteit en rechtszekerheid kan bereikt worden via verschillende gradaties van regulering. Een eerste optie kan zijn om slechts in te grijpen via koninklijke of ministeriële besluiten,³⁷³⁹ die sneller dan een wet aangepast kunnen worden.

Een tweede, meer flexibele optie bestaat erin om naar het voorbeeld van Nederland³⁷⁴⁰ en Engeland³⁷⁴¹ de beschrijving van de juiste diagnostische gedragswijze te delegeren aan een gekwalificeerde, medisch-wetenschappelijke instantie.³⁷⁴² In België verwees D. Lybaert hiervoor al naar de Orde van Geneeheren,³⁷⁴³ maar er kan ook aan de Hoge Gezondheidsraad, het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, of zelfs aan een geheel nieuwe *ad hoc* commissie gedacht worden.³⁷⁴⁴

Een derde, nog flexibelere optie bestaat erin ieder (donor)ziekenhuis te verplichten om een lokaal doodvaststellingsprotocol uit te schrijven. Weliswaar zal hiermee vooral de transparantie, maar niet zozeer de uniformiteit gewaarborgd worden.

Welke van deze drie opties het beste evenwicht bereikt, zal afhangen van de omstandigheden waarin het diagnostisch criterium in kwestie zich bevindt. Dit wordt *infra* uitgebreider onderzocht aan de hand van de verschillende diagnostische criteria.

B. Diagnostische criteria

808. Volgens de huidige stand van de wetenschap zijn er drie types criteria op basis waarvan de dood kan worden vastgesteld. Het betreft het *neurologisch* criterium, het *cardio-respiratoir* criterium en de *somatische* criteria.³⁷⁴⁵ De Orgaantransplantatiewet is ongeacht het type

³⁷³⁶ H.A.H. VAN TILL-D’AULNIS DE BOUROUILL, o.c., *TPR* 1974, (495) 533-534.

³⁷³⁷ Zie ook: H.A.H. VAN TILL-D’AULNIS DE BOUROUILL, o.c., *TPR* 1974, (495) 516 en 534; W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 289.

³⁷³⁸ Vgl. A.K. GLAZIER, o.c., *Kan. J.L. & Pub. Pol’y* 2000, (640) 648; S.E. JOSSELYN, *Informed Consent as a Requirement for Post Mortem Organ Donation*, 2008, 31-32.

³⁷³⁹ Vgl. W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 104-105 en 274.

³⁷⁴⁰ Art. 15, lid 1 WOD: “De Gezondheidsraad stelt met inachtneming van artikel 14, tweede lid, vast welke de volgens de laatste stand van de wetenschap geldende methoden en criteria voor het met zekerheid vaststellen van de hersendood zijn. Op basis daarvan stelt de Gezondheidsraad een protocol op met betrekking tot de bij het vaststellen van de hersendood in ziekenhuizen te volgen procedures en uit te voeren onderzoeken in gevallen dat het voornemen bestaat tot verwijdering van een orgaan. Het protocol wordt vastgesteld bij algemene maatregel van bestuur.”

³⁷⁴¹ Sec. 26(2) HTA 2004: “The Authority shall deal under subsection (1) with the following matters– (d) the definition of death for the purposes of this Act”.

³⁷⁴² Zie ook: Appendix, nr. 3, Recommendation Rec(2006)15 of 8 November 2006 of the Committee of Ministers to member states on the background, functions and responsibilities of a National Transplant Organisation (NTO), <http://www.coe.int>; W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 104-105, 239, 240-241, 243, 244 en 274.

³⁷⁴³ D. LYBAERT, o.c., *Panopticon* 1993, (390) 403.

³⁷⁴⁴ De Belgische Transplantatieraad is duidelijk een betrokken partij in het debat. Voor de geloofwaardigheid ten aanzien van de samenleving is het dus minder opportuun om de diagnoseregels over te laten aan deze raad. Vgl. E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 289.

³⁷⁴⁵ D. GARDINER *et al.*, o.c., *BJA* 2012, (i14) i16. In het raam van de Orgaantransplantatiewet richt men zich echter doorgaans enkel op het neurologische en het cardio-respiratoire criterium; zie o.a.: T. VANSWEEVELT, “Art. 11 Orgaantransplantatiewet” in *Comm. Pers.*, 2007, currens, 2; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 134; C. TROUET, *Van lichaam naar lichaamsmateriaal*, 2003, 58-59; H. NYS en G. VAN BEEUMEN, o.c. in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (38) 47.

criterium van toepassing.³⁷⁴⁶ Deze criteria worden hieronder nader onderzocht. Telkens zal bijzondere aandacht worden besteed aan hun belang voor orgaandonatie en –transplantatie, hun conformiteit met het bovengeschetste doodskoncept en ten slotte de nood om ze desgevallend duidelijker te reguleren.

1. Neurologisch criterium

a. Begrip

809. Indien het doodskoncept een bepalende rol toekent aan de hersenfunctie,³⁷⁴⁷ dan is het vrij logisch dat de dood gediagnosticeerd wordt aan de hand van een neurologisch criterium. Hierbij moet meer bepaald gekeken worden naar het *whole brain*-criterium. Zoals de naam al doet vermoeden, veronderstelt het *whole brain*-criterium dat het uitvallen van *alle* hersenfuncties (in de hogere hersenen³⁷⁴⁸ én de lagere hersenen³⁷⁴⁹) moet zijn vastgesteld opdat de patiënt dood kan worden verklaard.³⁷⁵⁰ Het verslag uit 1986 van het Harvard *ad hoc* comité (met de zogenaamde ‘Harvard-criteria’)³⁷⁵¹ wordt algemeen beschouwd als de eerste, toonaangevende beschrijving van dit type doodsdagnostiek, hoewel lang voordien al gelijkaardige beschrijvingen werden gerapporteerd.³⁷⁵² Sindsdien heeft het criterium grote verspreiding gekend en wordt het in de meeste westerse landen als het standaard neurologisch criterium toegepast.³⁷⁵³ In onder meer de Nederlandse Wet op de orgaandonatie³⁷⁵⁴ en de Amerikaanse Uniform Determination of Death Act (UDDA)³⁷⁵⁵ werd het *whole brain*-criterium zelfs duidelijk gecodificeerd. Ondanks het gebrek aan concrete aanwijzing in de Orgaantransplantatiewet, wordt ook in België ruimschoots aangenomen dat alle hersenfuncties,

³⁷⁴⁶ Advies van de Nationale Raad van de Orde van Geneesheren van 15 juli 2006 betreffende het probleem van de “non-heart-beating” donoren, <http://www.ordomedic.be>; S. TACK, o.c., *Orpact forum* 2006, jaargang 7, nr. 1, (20) 21; T. VANSWEEVELT en N. BROECKX, “Art. 11 Orgaantransplantatiewet” in *Comm. Pers.*, 2013, currens, 2-3. *Contra*: L. WOSTYN, *Het overmaken van medische gegevens na het overlijden van de patiënt*, Gent, Story Publishers, 2011, 89.

³⁷⁴⁷ Cf. *supra* Afd. 2, § 2 van dit Hoofdstuk.

³⁷⁴⁸ De hogere hersenen betreffen de grote hersenen (cerebrum) met onder meer de hersenschors (cortex). Hier worden motorische vaardigheden en complexe intellectuele processen geregeld. Het is met andere woorden de plaats waar bewuste gedachten, gevoelens, verstand, herinneringen, alsook complexe bewegingen ontstaan. Zie: M.H. BEERS *et al.*, *Merck Manual*, 2005 (2^{de} ed.), 434; J.V. ROSENFELD en P.J. LENNARSON, o.c. in A.H.V. SCHAPIRA (ed.), *Neurology and Clinical Neuroscience*, 2007, (97) 97; F.H. MARTINI en E.F. BARTHOLOMEW, *Anatomie en fysiologie*, 2011 (4^{de} ed.), 295 en 299; S. SILBERNAGL en A. DESPOPOULOS, *Sesam Atlas van de fysiologie*, Baarn, Sesam, 2011 (15^{de} ed.), 312.

³⁷⁴⁹ De lagere hersenen omvatten de hersenstam, die de verbinding vormt tussen de grote hersenen en het ruggemerg. De hersenstam regelt de mate van bewustzijn en alertheid, en staat in voor het reguleren van essentiële vegetatieve lichaamsfuncties, zoals bv. ademhaling en bloedcirculatie. Zie: M.H. BEERS *et al.*, *Merck Manual*, 2005 (2^{de} ed.), 434-435; S. SILBERNAGL en A. DESPOPOULOS, *Sesam Atlas van de fysiologie*, 2011 (15^{de} ed.), 312.

³⁷⁵⁰ Zie o.a.: A. ROGERS en D. DURAND DE BOUSINGEN, *Bioethics in Europe*, 1995 Straatsburg, Council of Europe Press, 1995, 179 en 180; E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 65 en 73; EDQM, “Organ Shortage: Current Status and Strategies for the Improvement of Organ Donation – A European Consensus Document”, 2003, <http://www.edqm.eu>, (glossary); J.L. BERNAT, o.c., *J.L. Med. & Ethics* 2006, (35) 38; C. LEMMENS, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1513) 1520.

³⁷⁵¹ REPORT OF THE AD HOC COMMITTEE OF THE HARVARD MEDICAL SCHOOL, o.c., *JAMA* 1968, (337) 337 en 340. Het Harvard-comité introduceerde dit als de *irreversible coma*. Verderop in het verslag gebruikt het als synoniem de term *brain death syndrome*, waarmee het de permanente en volledige uitval van de functie in het cerebrum, de hersenstam en vaak ook de spinale niveaus bedoelde. Vgl. ook rond diezelfde tijd de allereerste versie van de huidige WMA Declaration of Sydney on the Determination of Death and the Recovery of Organs (D-1968-01-2006).

³⁷⁵² E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 36 e.v. Zie ook: E.P. FOLEY, *The Law of Life and Death*, 2011, 118.

³⁷⁵³ NATIONAAL WETENSCHAPPELIJK DENKCOLLOQUIUM, *Bio-ethica in de jaren '90. Vol. I*, Gent, Omega, 1987, 357; GEZONDHEIDSRaad, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 220.

Om deze reden zullen de twee alternatieve neurologische criteria, nl. het *brain stem*-criterium en het *higher brain*-criterium, hier niet aan bod komen.

³⁷⁵⁴ Art. 14, lid 2 WOD: “Onder hersendood wordt verstaan het volledig en onherstelbaar verlies van de functies van de hersenen, inclusief de hersenstam en het verlengde merg”.

³⁷⁵⁵ § 1 UDDA 1980: “An individual who has sustained (...) irreversible cessation of all functions of the entire brain, including the brain stem, is dead”.

inclusief de hersenstam, onomkeerbaar moeten uitvallen alvorens men de patiënt dood kan verklaren.³⁷⁵⁶

b. Belang voor orgaantransplantatie: heart-beating donors

810. In 1963 voerde de Belgische arts Guy Alexandre als eerste ter wereld een orgaantransplantatie uit met een orgaan van een donor die op neurologische gronden dood werd verklaard.³⁷⁵⁷ Nu worden zo'n donoren *heart-beating-donors* (HBD)³⁷⁵⁸ of hersendode donoren (*donation after brain death* of DBD) genoemd. Klassieke gevallen van HBD zijn patiënten met een hoofdtrauma (vaak door een verkeersongeval), met een cerebrovasculair accident (beroerte) of met cerebrale anoxie na laattijdige resuscitatie bij hartstilstand.³⁷⁵⁹ Bij elk van deze pathologieën kan er sprake zijn van een gebrek aan zuurstofrijk bloed in de hersenen, waardoor deze afsterven. Met behulp van reanimatietechnieken, zoals gebruik van beademingsapparatuur (ventilatie), en intensieve zorgen kunnen evenwel de ademhaling en de extracranieële bloedcirculatie intact gehouden worden.³⁷⁶⁰ Het resultaat is dat ischemie in de rest van het lichaam vermeden wordt, wat kwaliteitsvolle organen voor transplantatie oplevert.³⁷⁶¹ Weliswaar zal de patiënt niet eindeloos geventileerd kunnen worden.³⁷⁶²

811. Het ontstaan van de HBD-praktijk heeft het aantal transplanteerbare organen aanzienlijk doen toenemen en heeft sterk bijgedragen aan het succes van orgaantransplantatie.³⁷⁶³ De *heart-beating* of hersendode donoren vormen in België voorlopig de grootste groep van overleden donoren. In 2013 konden bv. 241 *heart-beating* donoren voor transplantatie gepreleveerd worden.³⁷⁶⁴ Niettemin zijn ze slechts een 'instabiele' bron van donororganen. Dit heeft te maken met hun beperkte incidentie enerzijds en met hun zorgwekkende verschijning anderzijds.

Enerzijds is de toestand van een *heart-beating* donor een zeldzame situatie die zich enkel in een welbepaalde ziekenhuissetting kan voordoen.³⁷⁶⁵ Slechts zo'n 2 à 3 % van de

³⁷⁵⁶ Zie o.a.: Pol. Hasselt 30 juni 1986, *T. Vred.* 1988, 253 ; B. VAN HAELEWIJCK, *Don d'organes. Don de tissu*, 2002, 41-42; J.-B. OTTE, "De lange weg naar orgaanafname" in A. VAN ORSHOVEN en Y. EGBERT (eds.), *"Levenstestament" en andere voorafgaande wilsverklaringen*, 2003, (167) 168; R. DE CORTE, *Overzicht van het burgerlijk recht*, 2005, 365; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 2014 (3^{de} editie), 52.

³⁷⁵⁷ D. GARDINER *et al.*, o.c., *BJA* 2012, (i14) i15; O. DETRY *et al.*, "Categories of Donation After Cardiocirculatory Death", *Transpl. Proc.* 2012, (1189) 1189.

³⁷⁵⁸ A.A.F. JOCHEMS en F.W.M.G. JOOSTEN, *Coelho*, 2009, 375; Nationale Raad Orde der Geneesheren, "Orgaandonatie. Vaststelling van het overlijden", *T. Orde Gen.* 1994, nr. 65, 30; GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 39 en 207.

³⁷⁵⁹ E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 28, 100, 306, 309-310 en 314; PRESIDENT'S COUNCIL ON BIOETHICS, *Controversies in the Determination of Death*, 2008, <https://bioethicsarchive.georgetown.edu>, 35-36.

³⁷⁶⁰ E. PILLEN, "Vaststelling van de dood", *T. Gen.* 1994, (1295) 1295-1296; E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 24-28. Zie ook: D. LEDOUX, o.c. in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (52) 52.

³⁷⁶¹ E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 196 ; D.J. REICH, "Non-Heart-Beating Donor Organ Procurement" in A. HUMAR, A.J. MATAS en W.D. PAYNE (eds.), *Atlas of Organ Transplantation*, Londen, Springer, 2006, (23) 24 ; PRESIDENT'S COUNCIL ON BIOETHICS, *Controversies in the Determination of Death*, 2008, <https://bioethicsarchive.georgetown.edu>, 8; Mondelinge vraag van mevrouw Lieve Van Ermen aan de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid over "orgaandonatie", *Hand. Senaat* 2007-08, 24 januari 2008, 20 (Vr. nr. 4-110).

³⁷⁶² Vaak betreft het slechts enkele dagen: E. PILLEN, o.c., *T. Gen.* 1994, (1295) 1296; A. HIJDRA, "Bewustzijn" in A. HIJDRA, P.J. KOUDSTAAL en R.A.C. ROOS (eds.), *Neurologie*, Maarssen, Elsevier gezondheidszorg, 2003, (97) 103; J.V. ROSENFELD en P.J. LENNARSON, o.c. in A.H.V. SCHAPIRA (ed.), *Neurology and Clinical Neuroscience*, 2007, (97) 110; ACADEMY OF MEDICAL ROYAL COLLEGES, *A Code of Practice for the Diagnosis and Confirmation of Death*, 2008, www.bts.org.uk, 19. Toch zijn er ook gevallen bekend waarbij de ventilatie maanden tot zelfs jaren in stand werd gehouden: A. SHEWMON, "Chronic "brain death". Meta-analysis and conceptual consequences", *Neurology* 1998, 1538-1545.

³⁷⁶³ H. RIGTER en M.A. BOS, "The diffusion of organ transplantation in Western Europe", *Health Policy* 1990, vol. 16, (133) 140; D. LEDOUX, o.c. in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (52) 53.

³⁷⁶⁴ *Vr. en Antw.* Kamer 2014-15, 23 oktober 2014, Vr. nr. 4 S. LAHAYE-BATTHEU.

³⁷⁶⁵ E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 305; B. VAN HAELEWIJCK, *Don d'organes. Don de tissu*, 2002, 143; D. GARDINER *et al.*, o.c., *BJA* 2012, (i14) i16. Vandaar dat dit soms de 'klinische dood' wordt genoemd (bv. Verslag MERCKX-VAN

sterfgevallen in een ziekenhuis beantwoorden aan deze conditie.³⁷⁶⁶ Bovendien dreigt het aantal *heart-beating* donoren nog zeldzamer te worden. Door verbeterde verkeersveiligheid daalde immers het aantal patiënten die via een hoofdtrauma na een verkeersongeval in een toestand van hersendood vervallen.³⁷⁶⁷ Eveneens leidt de ontwikkeling van betere neurologische zorgen ertoe dat het ontstaan van hersendood vaker kan voorkomen worden.³⁷⁶⁸

Anderzijds strookt de verschijning van een *heart-beating* donor niet met het traditionele beeld van de dood. Door de kunstmatig ondersteunde ademhaling beweegt de borstkas en door de bloedcirculatie voelt de overledene nog warm aan. Soms bewegen de ledematen zelfs (zgn. Lazarusreflexen). Hierdoor is het vaak moeilijk voor de familie om de dood te aanvaarden.³⁷⁶⁹ De situatie wekt een schijn van voortijdige doodsverklaring en kan het publieke vertrouwen schaden.³⁷⁷⁰ Dit leidt er dan ook toe dat de familie zich soms verzet tegen de orgaanwegname.³⁷⁷¹ Het zou evenzeer één van de redenen kunnen zijn waarom de patiënt vóór zijn dood zelf tegen orgaandonatie verzet aantekent.³⁷⁷² Nochtans lijkt deze afkeer deels het gevolg te zijn van een gebrek aan kennis over het neurologisch criterium.³⁷⁷³ Een belangrijke rol is bijgevolg weggelegd voor publiekseducatie.³⁷⁷⁴ Daarnaast kan ook het medisch team dat de patiënt verzorgde, soms maar moeilijk de dood op basis van het neurologisch criterium aanvaarden.³⁷⁷⁵ Dit kan evenzeer een impact hebben op het donoraantal. Indien het medisch team niet innerlijk overtuigd is van de dood, zal het immers de overledene niet aanmelden bij het transplantatiecentrum en niet behandelen als donor. Zo werd de Nationale Raad van de Orde van geneesheren in 1994 geconfronteerd met een zaak over een hersendode patiënt, waarbij de neurochirurg de patiënt echter zonder (medische) reden weigerde vrij te geven voor orgaanwegname. De Nationale Raad adviseerde dat de arts verplicht was om de patiënt dood te verklaren en hem niet langer hardnekkig verder te behandelen.³⁷⁷⁶ Naast deze deontologische verplichting moet ook worden gewezen op de

GOEY, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220-9, 19; G. BAETEMAN, *Personen- en gezinsrecht*, 1992, 45; R. DE CORTE, *Overzicht van het burgerlijk recht*, Kluwer, Mechelen, 2005, 365).

³⁷⁶⁶ Zie: www.beldonor.be ('informatie voor zorgverleners'); Mondelinge vraag van mevrouw Lieve Van Ermen aan de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid over "orgaandonatie", *Hand. Senaat* 2007-08, 24 januari 2008, 20 (Vr. nr. 4-110); "Opgeknapte organen", *De Standaard* 24 mei 2006, p. 28.

³⁷⁶⁷ B. VAN HAELEWIJCK, o.c. in A. VAN ORSHOVEN en Y. EGBERT (eds.), *"Levenstestament" en andere voorafgaande wilsverklaringen*, 2003, (153) 163; B. DEBUSSCHERE, "De paradox van veiliger verkeer en betere zorgen op intensieve diensten", *De Morgen* 10 januari 2005, 3; *Vr. en Antw.* Senaat 2004-05, 9 februari 2005, 2688 (Vr. nr. 3-2200 WILLEMS); *Vr. en Antw.* Kamer 2009-10, 28 december 2009, 120 (Vr. nr. 106 D. DUCARME). Zie ook: E. KOMPANJE, "Organ Donation from Brain-dead Donors: A Dead-end Street" in A. DEN EXTER (ed.), *Human rights and biomedicine*, Antwerpen, Maklu, 2010, (237) 237-238, 244 en 246.

³⁷⁶⁸ *Vr. en Antw.* Senaat 2004-05, 9 februari 2005, 2688 (Vr. nr. 3-2200 WILLEMS); F. VAN GELDER *et al.*, "What is the Limiting Factor for Organ Procurement in Belgium: Donation or Detection? What Can Be Done to Improve Organ Procurement Rates?", *Acta Chir. Belg.* 2008, (27) 27; *Vr. en Antw.* Kamer 2010-11, 7 maart 2011, 28 (Vr. nr. 301 C. FONCK); *Vr. en Antw.* Kamer 2010-11, 17 augustus 2010, 30 (Vr. nr. 17 D. DUCARME); *Vr. en Antw.* Kamer 2010-11, 27 september 2010, 29 (Vr. nr. 73 D. DUCARME). Zie voor voorbeelden van 'neuroresuscitatie technieken': J.L. BERNAT, o.c., *Hastings Center Report* 2013, (25) 31.

³⁷⁶⁹ N. NEFUSSY-LEROY, *Organes humains*, 1999, 47; E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 119-120.

³⁷⁷⁰ A.K. GLAZIER, o.c., *Kan. J.L. & Pub. Pol'y* 2000, (640) 640-642; A. BELHOUSSE *et al.*, "Prélèvement et transplantation d'organes à travers la législation marocaine et la législation belge", *Con. M.* 2008, (27) 35.

³⁷⁷¹ B. VAN HAELEWIJCK, *Don d'organes. Don de tissus*, 2002, 107 en 144; A.-C. SQUIFFLET, o.c. *Ann. dr. Louvain* 2011, (357) 368. Vgl. RATHENAU INSTITUUT, *Tekort aan donororganen nauwelijks oplosbaar*, Den Haag, Rathenau uitgave, 2002, 2.

³⁷⁷² Vgl. E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 127 en 135; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 27 en 81. Zie over de voorafgaande verzetsverklaring uitvoerig *infra* Hoofdstuk III van dit Deel.

³⁷⁷³ B. VAN HAELEWIJCK, o.c. in A. VAN ORSHOVEN en Y. EGBERT (eds.), *"Levenstestament" en andere voorafgaande wilsverklaringen*, 2003, (153) 157 en 159. Vgl. R.D. FRIELE *et al.*, *Derde evaluatie Wet op de orgaandonatie*, 2006, 103-104.

³⁷⁷⁴ A. ROGERS en D. DURAND DE BOUSINGEN, *Bioethics in Europe*, 1995, 169, 179 en 181. Zie reeds *supra* Deel II, Hoofdstuk I, Afd. 1, § 2, B over het belang van sensibilisering.

³⁷⁷⁵ O. HAZONY, "Increasing the supply of cadaver organs for transplantation: recognizing that the real problem is psychological not legal", *Health Matrix* 1993, (219) 239-242; E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 119-120; A.-C. SQUIFFLET, o.c. *Ann. dr. Louvain* 2011, (357) 368; C. LEMMENS, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1513) 1532.

³⁷⁷⁶ Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 14 december 1991 betreffende de wegneming van organen, www.ordomedic.be.

verplichtingen van de lokale donorcoördinatoren om potentiële donoren door te verwijzen naar een transplantatiecentrum.³⁷⁷⁷ Uiteraard moet dit gepaard gaan met educatie van de gezondheidsprofessionals om misopvattingen weg te werken.³⁷⁷⁸

c. Diagnosemethode

812. In België werd de methode voor de neurologische doodsdiagnose voorgeschreven in een advies van de Nationale Raad van de Orde van geneesheren.³⁷⁷⁹ Hieruit volgt dat de hersendood niet op basis van slechts één symptoom kan worden vastgesteld. De diagnose moet berusten op een samenhangend geheel van gegevens.³⁷⁸⁰ Drie soorten gegevens zijn met name van belang volgens het advies: de anamnethische, de klinische en de technische.

Het anamnethisch onderzoek vereist de vaststelling van een irreversibel coma door uitval van de hersenfuncties en het uitsluiten van andere, reversibele oorzaken (bv. hypothermie, metabole aandoeningen of intoxicatie, die allen een toestand gelijkend op de dood kunnen teweegbrengen).³⁷⁸¹

Het klinisch onderzoek omvat een aantal *bedside* testen, waarbij de arts geen specialistische apparatuur, maar zijn eigen zintuigen en oordeel aanwendt.³⁷⁸² Dit veronderstelt zowel testen om de afwezigheid van hersenstamreflexen te bevestigen (bv. oogreflexen of hoestreflex), alsook een apneutest om spontane ademhaling uit te sluiten.³⁷⁸³

Een technisch onderzoek betreft ten slotte het uitvoeren van specialistische testen, zoals bv. elektroencefalografie (EEG) of cerebrale angiografie. Dit technisch onderzoek heeft slechts een aanvullend of confirmatorisch karakter: het moet strikt gezien slechts plaatsvinden indien het klinisch onderzoek niet volledig kan worden uitgevoerd (bv. verbrijzeld gezicht, wat het testen van oogreflexen verhindert).³⁷⁸⁴

813. Hoewel het bovengeschetste stramien algemeen lijkt te zijn aanvaard, is het toch niet vrij van diagnoseperikelen. Uit de medische literatuur blijkt namelijk dat er heel wat variatie in de praktijk bestaat. Dit wordt veroorzaakt door onder meer verschillende eisen qua vast te

³⁷⁷⁷ Zie *supra* Deel III, Hoofdstuk II, Afd. 1, § 3, B.2.a.

³⁷⁷⁸ O. HAZONY, o.c., *Health Matrix* 1993, (219) 239-242.

³⁷⁷⁹ Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 20 oktober 1984 betreffende het post-mortem afnemen van organen met het oog op transplantatie – Diagnostiek hersendood, <http://www.ordomedic.be>, bevestigd door Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 11 april 1987 betreffende orgaantransplantatie, <http://www.ordomedic.be>.

³⁷⁸⁰ Zie ook: B. PORTNOI, “À propos de la définition légale de la mort”, *Gaz. Pal.* 1988, (300) 301; E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 102; nr. 1.2. bijlage van het Nederlands Besluit hersendoodprotocol.

³⁷⁸¹ Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 20 oktober 1984 betreffende het post-mortem afnemen van organen met het oog op transplantatie – Diagnostiek hersendood, <http://www.ordomedic.be>, bevestigd door Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 11 april 1987 betreffende orgaantransplantatie, <http://www.ordomedic.be>; D. LEDOUX, o.c. in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (52) 53-54. Vgl. art. 14, lid 2 WOD en de ‘prealabele voorwaarden’ van het Nederlandse Hersendoodprotocol (nr. 2.1. bijlage Besluit hersendoodprotocol); PRESIDENT’S COUNCIL ON BIOETHICS, *Controversies in the Determination of Death*, 2008, <https://bioethicsarchive.georgetown.edu>, 30-31; art. R1232-2, lid 2 *iuncto* art. R1232-1 Code de la santé publique.

³⁷⁸² H.A.H. BARONESSE VAN TILL-D’AULNIS DE BOURQUILL, o.c., *TvGR* 1984, (21) 24; PRESIDENT’S COUNCIL ON BIOETHICS, *Controversies in the Determination of Death*, 2008, <https://bioethicsarchive.georgetown.edu>, 31.

³⁷⁸³ D. LEDOUX, o.c. in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (52) 54-59. Vgl. nr. 2.2. bijlage Nederlands Besluit hersendoodprotocol; PRESIDENT’S COUNCIL ON BIOETHICS, *Controversies in the Determination of Death*, 2008, <https://bioethicsarchive.georgetown.edu>, 32-33; art. R1232-2 *iuncto* R1232-1 Code de la santé publique.

³⁷⁸⁴ D. LEDOUX, o.c. in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (52) 59-60. Vgl. J.V. ROSENFELD en P.J. LENNARSON, o.c. in A.H.V. SCHAPIRA (ed.), *Neurology and Clinical Neuroscience*, 2007, (97) 107 en 110; D. GARDINER *et al.*, o.c., *BJA* 2012, (i14) i20 en i25; nr. 2.3 bijlage Nederlands Besluit hersendoodprotocol; PRESIDENT’S COUNCIL ON BIOETHICS, *Controversies in the Determination of Death*, 2008, <https://bioethicsarchive.georgetown.edu>, 34. Anders: art. R1232-2 Code de la santé publique, waar technische onderzoeken wél verplicht zijn; J.L. BERNAT, o.c., *J.L. Med. & Ethics* 2006, (35) 40, die stelt dat bepaalde laboratorische testen verplicht zouden moeten zijn.

stellen onderzoeksresultaten, discrepanties in de uitvoering van de apneustest, controverse over het gebruik van de aanvullende technische testen, onenigheid over de minimale observatieperiode en onzekerheid over de nood aan aparte criteria voor kinderen.³⁷⁸⁵ Het spreekt voor zich dat dit gebrek aan uniformiteit het breekbare publieke vertrouwen in het neurologische diagnosecriterium kan aantasten.³⁷⁸⁶

Bovendien schijnt de neurologische diagnostiek in de praktijk ondoeltreffend te kunnen zijn. Voorstanders van de neurologische doodsdagnostiek maken zich sterk dat er nog geen enkel geval van overleving na een adequate neurologische doodsdiaagnose werd gemeld.³⁷⁸⁷ Niettemin berichten de media van tijd tot tijd over gevallen van patiënten die door hun artsen aanvankelijk hersendood werden verklaard, maar daarna op miraculeuze wijze herstelden.³⁷⁸⁸ Nog niet zo lang geleden lijkt zo'n geval zich zelfs in België te hebben voorgedaan.³⁷⁸⁹ Op basis van de gerapporteerde feiten kan echter niet worden uitgemaakt of de neurologische diagnostiek in deze mediazaken 'correct' is verlopen. Wel staat m.i. vast dat dergelijke gevallen wederom een bedreiging voor het publieke vertrouwen (en dus de donatiebereidheid) kunnen zijn.³⁷⁹⁰

814. Naast praktische problemen doet de neurologische diagnostiek ook vragen rijzen in het licht van het doodskoncept, doordat hij resterende lichaamsactiviteit niet uitsluit. Zo is het opmerkelijk dat een patiënt die op basis van het neurologische criterium dood is verklaard, soms nog complexe bewegingen (bv. optrekken van de benen of plooiën van de armen) kan uitvoeren. Dit noemt men Lazarusreflexen. Het wordt algemeen aanvaard dat dit spinale reflexen zijn en dus losstaan van de hersenfunctie.³⁷⁹¹ Ook andere, al dan niet hersengemedieerde lichaamsactiviteit kan blijven voortbestaan. Denk bv. aan hormoonafscheiding, regulering van de lichaamstemperatuur, wondheling of zelfs de volgroeiing van een foetus in een dode vrouw.³⁷⁹²

Volgens de *supra* verdedigde persoonlijkheidsopvatting³⁷⁹³ van de dood rijst hier geen probleem. In de kern is immers niet de lichaams- of hersenfunctie, maar slechts het verdwijnen van de menselijke geest bepalend voor de dood. De vermelde resterende lichaamsactiviteit is

³⁷⁸⁵ S. WAHLSTER *et al.*, "Brain death declaration. Practices and perceptions worldwide", *Neurology* 2015, 1870-1879. Zie ook: D. LUSTBADER *et al.*, "Second brain death examination may negatively affect organ donation", *Neurology* 2011, (119) 122; L. BOSMAN en M.L. LEROY-SWAANS, *o.c.*, *Rev. Méd. Liège* 1968, (588) 604-605; M. POTTS en D.W. EVANS, "Does it matter that organ donors are not dead? Ethical and policy implications", *J. Med. Ethics* 2005, (406) 406-407; S. FRY-REVERE, T. REHER en M. RAY, *o.c.*, *J. Contemp. Health L. & Pol'y* 2010-11, (1) 50; E.P. FOLEY, *The Law of Life and Death*, 2011, 127, 133-134 en 138; A.-M. FARRELL, "Addressing organ shortage in the European Union: getting the balance right" in A.-M. FARRELL, D. PRICE en M. QUIGLEY (eds.), *Organ shortage: ethics, law, and pragmatism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, (227) 231; C. LEMMENS, *o.c.* in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1513) 1526.

³⁷⁸⁶ J.E.M. AKVELD, *Transplantatie en wetgeving*, 1987, 146.

³⁷⁸⁷ PRESIDENT'S COUNCIL ON BIOETHICS, *Controversies in the Determination of Death*, 2008, <https://bioethicsarchive.georgetown.edu>, 75; D. GARDINER *et al.*, *o.c.*, *BJA* 2012, (i14) i19-i20; "België werkt aan protocol over orgaandonatie", *De Morgen* 18 oktober 2012, 10; D. LEDOUX, *o.c.* in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (52) 53.

³⁷⁸⁸ H.A.H. VAN TILL-D'AULNIS DE BOUROUILL, *o.c.*, *TPR* 1974, (495) 495 en 533 (tijdens nierwegneming begint een donor terug te ademen, 15 maart 1974 te Birmingham); "Artsen wachten niet op dood patiënt", *De Morgen* 6 maart 1999, 11 (de zaak van de Canadese Ruth Oliver); E.P. FOLEY, *The Law of Life and Death*, 2011, 127-128 (over de zaak John Foster uit 2007 en de zaak Zach Dunlap uit 2008); "The boy who came back from the dead: Experts said car crash teen was beyond hope. His parents disagreed", www.dailymail.co.uk (24 april 2012) (de zaak van de Engelse Steven Thorpe).

³⁷⁸⁹ "Mirakel": doodverklaarde vrouw ontwaakt opnieuw", 16 september 2014, www.deredactie.be.

³⁷⁹⁰ Vgl. "Artsen wachten niet op dood patiënt", *De Morgen* 6 maart 1999, 11, waar blijkt dat de herstelde patiënt nu actief mensen afraadt om een donorkaart te tekenen; "Onrust in Denemarken nadat orgaandonor uit coma ontwaakt", *De Morgen* 17 oktober 2012, 14.

³⁷⁹¹ E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 97-99; A. SHEWMON, *o.c.*, *J. Med. Phil.* 2001, (457) 463 en 470; J.V. ROSENFELD en P.J. LENNARSON, *o.c.* in A.H.V. SCHAPIRA (ed.), *Neurology and Clinical Neuroscience*, 2007, (97) 108-109; ACADEMY OF MEDICAL ROYAL COLLEGES, *A Code of Practice for the Diagnosis and Confirmation of Death*, 2008, www.bts.org.uk, 11 en 19; D. LEDOUX, *o.c.* in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (52) 61.

³⁷⁹² E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 87 e.v.; A. SHEWMON, *o.c.*, *J. Med. Phil.* 2001, (457) 467-468.

³⁷⁹³ Zie *supra* Afd. 2, § 1, A van dit Hoofdstuk.

geenszins constitutief voor dit psychische aspect, zodat de bovengeschetste *whole brain*-diagnostiek wel degelijk het verklaren van de dood toelaat.³⁷⁹⁴

Volgens de (m.i. onwenselijke) lichamelijkheidsopvatting van de dood is het *whole brain*-criterium echter niet zo evident. Hoe kan men immers de dood als een lichamenlijk concept omschrijven en vervolgens overgaan tot de doodverklaring van een patiënt die nog lichaamsactiviteit vertoont? Sommige menen dit op te lossen door niet iedere afzonderlijke cel- of weefselactiviteit, maar slechts het functioneren van het organisme als geheel te nemen als maatstaf.³⁷⁹⁵ Critici zoals A. Shewmon werpen hiertegen op dat de hersenen echter niet het bepalende systeem voor de integratie van het organisme als geheel zijn, wat het *whole brain*-diagnosecriterium ondermijnt.³⁷⁹⁶ Dit debat achtervolgt de lichamelijkheidsinvulling van de dood nog steeds.

d. Voorstel tot wettelijke precisering

815. De keuze voor het *whole brain*-criterium is niet geheel probleemloos gebleken. Er werden hoofdzakelijk drie knelpunten geïdentificeerd. De vraag is nu hoe hiermee juridisch moet worden omgegaan. Één van de knelpunten is dat het *whole brain*-criterium conceptueel gezien moeilijk te verenigen valt met de lichamelijkheids- of biologische opvatting van de dood. Als oplossing werd door anderen reeds de afschaffing van dit neurologische criterium voorgesteld.³⁷⁹⁷ Een problematisch gevolg hiervan zou echter zijn dat het aantal potentiële orgaandonoren sterk zou dalen.³⁷⁹⁸ Dit zou op zijn beurt de druk op kandidaat-ontvangers, levende donoren en donoren wiens overlijden volgens het cardio-respiratoire criterium is vastgesteld verhogen, terwijl deze soorten donoren te kampen hebben met eigen ethisch-juridische knelpunten.

Een andere oplossing kan erin bestaan het probleem te omzeilen door de *dead donor rule* te versoepelen.³⁷⁹⁹ Dergelijke oplossing lijkt echter onwaarschijnlijk want kan evenveel of zelfs meer ethisch-juridische problemen te geven.³⁸⁰⁰

³⁷⁹⁴ Vgl. H.A.H. VAN TILL-D'AULNIS DE BOUROUILL, o.c., *TPR* 1974, (495) 516-517 en 523 ; R.M. VEATCH, o.c., *Hastings Center Report* 1993, (18) 21; A. SHEWMON, o.c., *Neurology* 1998, (1538) 1544; E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 93, 104-105 en 126-131. Schijnbaar *contra*: J.-M. PIRET, o.c. in A. DEN EXTER en M. BUIJSSEN (eds.), *Rationing Health Care*, 2012, (87) 103, die stelt dat een of andere primitieve vorm van bewustzijn niet is uitgesloten indien er nog lichaamsactiviteit resteert.

³⁷⁹⁵ Zie o.a.: A.M. CAPRON en L.R. KASS, o.c., *Pa. L. Rev.* 1972, (87) 104-105 en 111; WMA Declaration of Sydney on the Determination of Death and the Recovery of Organs (D-1968-01-2006); J.A. ROBERTSON, o.c., *Hastings Center Report* 1999, (6) 7; GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 223; J.L. BERNAT, o.c., *J.L. Med. & Ethics* 2006, (35) 37; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 58 ; PRESIDENT'S COUNCIL ON BIOETHICS, *Controversies in the Determination of Death*, 2008, <https://bioethicsarchive.georgetown.edu>, 17-18 en 59-60.

³⁷⁹⁶ A. SHEWMON, o.c., *Neurology* 1998, (1538) 1544 en A. SHEWMON, o.c., *J. Med. Phil.* 2001, (457) 462, 464-465 en 471-473. Zie ook: R.J. DEVETTERE, *Practical decision making in health care ethics*, Washington, Georgetown University Press, 2000, 185; F.G. MILLER en R.D. TRUOG, "Rethinking the Ethics of Vital Organ Donations", *Hastings Center Report* 2008, (38) 39 en 40 en 42; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 68-69 en 70-71 ; S.K. SHAH en F.G. MILLER, o.c., *Am J.L. & Med.* 2010, (540) 542, 549, 552, 560-562 en 565-566; E.P. FOLEY, *The Law of Life and Death*, 2011, 120-124; J. SHAW, o.c., *McGill J.L. & Health* 2013-14, (235) 244 en 293-297; C. LEMMENS, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1513) 1531-1532.

³⁷⁹⁷ C. LEMMENS, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1513) 1534 en 1542; J. SHAW, o.c., *McGill J.L. & Health* 2013-14, (235) 301-302; E.P. FOLEY, *The Law of Life and Death*, 2011, 116 ; R.J. DEVETTERE, *Practical decision making in health care ethics*, 2000, 185.

³⁷⁹⁸ Vgl. PRESIDENT'S COUNCIL ON BIOETHICS, *Controversies in the Determination of Death*, 2008, <https://bioethicsarchive.georgetown.edu>, 73-74; S.K. SHAH en F.G. MILLER, o.c., *Am J.L. & Med.* 2010, (540) 569, die ook stellen dat een plotse afschaffing na langdurig gebruik het vertrouwen artsen zal doen dalen.

³⁷⁹⁹ Zie hierover ook: J. SHAW, o.c., *McGill J.L. & Health* 2013-14, (235) 303-304; PRESIDENT'S COUNCIL ON BIOETHICS, *Controversies in the Determination of Death*, 2008, <https://bioethicsarchive.georgetown.edu>, 70-71.

³⁸⁰⁰ Zie hierover *supra* Deel IV, Hoofdstuk IV, Afd. 2, § 2, A.4.c. Vgl. ook C. LEMMENS, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1513) 1541 en 1542.

Mijns inziens moet een derde oplossing gevolgd worden: de lichamelijkheidsopvatting van de dood moet worden afgewezen. Enkel de persoonlijkheidsvisie verdient juridische en maatschappelijke aanvaarding. Zo werd reeds voorgesteld om dit doodskoncept in de wet te bevestigen.³⁸⁰¹ Dit zou meebrengen dat het *whole brain*-criterium geen conceptueel probleem meer zal stellen.

816. Een ander knelpunt betreft de onrustwekkende verschijning van dode, maar geventileerde patiënten. Zowel familieleden, als medisch personeel kunnen moeilijkheden hebben met het aanvaarden van de dood van iemand die nog ademhaalt, warm aanvoelt en soms zelfs beweegt. Nochtans blijkt dit geen doorslaggevend bezwaar te zijn en kan dit grotendeels worden geremedieerd via sensibilisering en educatie.³⁸⁰² Hiervoor werd al in een juridisch kader voorzien met de oprichting van erkende functies “lokale donorcoördinatie”.³⁸⁰³

817. Een laatste knelpunt is het gebrek aan vertrouwen wegens de disparate toepassing en de schijnbare ondoeltreffendheid van de diagnosemethode.³⁸⁰⁴ Gelet op het grote belang van de donor en het publieke vertrouwen lijkt daarom een wetenschappelijk onderbouwde en gestandaardiseerde regeling opportuun.³⁸⁰⁵ Zoals al aangegeven, moet regulering een evenwicht vinden tussen de nood aan flexibiliteit en de nood aan rechtszekerheid.³⁸⁰⁶ Van de drie opties die *supra* werden voorgesteld, lijkt codificatie via koninklijk of ministerieel besluit³⁸⁰⁷ het minst aangewezen, want onvoldoende flexibel. Het lijkt daarentegen wel evenwichtig om de omschrijving van de neurologische doodsdiagnostiek te delegeren aan een gekwalificeerde medisch-wetenschappelijke instantie, naar het voorbeeld van artikel 15 Nederlandse WOD en het Besluit hersendoodprotocol.³⁸⁰⁸ Concreet kan bv. het bestaande hersendoodadvies van de Nationale Raad van de Orde van geneesheren bindend worden verklaard bij wijze van nationaal protocol en kan de Raad de taak worden gegeven om dit protocol preciezer uit te werken³⁸⁰⁹ en up-to-date te houden. Ook een duidelijke verplichting voor de ziekenhuizen tot het uitschrijven van specifieke lokale werkprocedures conform het nationale protocol is m.i. aangewezen.³⁸¹⁰

³⁸⁰¹ Zie *supra* Afd. 2, § 3 van dit Hoofdstuk.

³⁸⁰² Zie *supra* B.1.b. van deze paragraaf.

³⁸⁰³ Zie *supra* Deel III, Hoofdstuk II, Afd. 1, § 3, B.2.b.

³⁸⁰⁴ Zie *supra* B.1.c. van deze paragraaf.

³⁸⁰⁵ Vgl. C. WILLIAMS, “Combating the problems of human rights abuses and inadequate organ supply through presumed donative consent”, *Case W. Res. J. Int’l L.* 1994, (315) 335 (nood aan erkenning van hersendood in de wet); C. LEMMENS, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1513) 1526 (nood aan ‘een zekere standaardisering’).

³⁸⁰⁶ Cf. *supra* A.2. van deze paragraaf.

³⁸⁰⁷ Vgl. art. R1232-2 Code de la santé publique.

³⁸⁰⁸ Zie ook: Memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, 22.358, nr. 3, 22; ACOT Recommendation 29, www.organdonor.gov; Sec. 26(2) HTA 2004.

³⁸⁰⁹ Mogelijke aanvullingen zijn de minimumduur van de observatieperiode of de manier waarop bepaalde tests moeten worden uitgevoerd. Bovendien mist het huidige advies Diagnostiek hersendood aanwijzingen over de doodsdiagnostiek bij kinderen, terwijl in de praktijk wordt aangenomen dat hier enigszins afwijkende richtlijnen gelden (bv. D. LEDOUX, o.c. in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (52) 58-59).

³⁸¹⁰ Vgl. ONT, *Good Practice Guidelines in the process of Organ Donation*, 2011, www.ont.es, 44.

2. Cardio-respiratoir criterium

a. Begrip

818. Volgens het cardio-respiratoire criterium kan de dood worden vastgesteld op basis van het onomkeerbaar uitvallen van de hart- en ademfunctie.³⁸¹¹ Meteen rijst de vraag of dit criterium wel strookt met het doodskoncept. Volgens de huidige stand van de wetenschap bevatten immers niet het hart of de longen, maar slechts de hersenen de functies die bepalend zijn voor de levende persoon.³⁸¹² Toch is het cardio-respiratoire criterium verenigbaar met het doodskoncept. Dit vloeit voort uit de fysiologische interconnectiviteit van het hart, de longen en de hersenen.

Enerzijds kan een cardio-respiratoir arrest een indicatie van de dood zijn doordat het een *gevolg* is van de uitval van hersenfuncties. Zonder functionerende hersenstam zullen de ademhalingspijpen immers stilvallen, zodat de respiratie stopt (en ook de hartcellen door zuurstofgebrek zullen afsterven).³⁸¹³

Anderzijds kan een cardio-respiratoir arrest ook de dood aantonen doordat het de *oorzaak* is van de uitval van hersenfuncties.³⁸¹⁴ Zonder respiratie zal immers geen zuurstof meer in het bloed worden opgenomen en zonder hartfunctie zal dit bloed niet meer circuleren tot in de hersenen. Welnu, zonder zuurstofrijk bloed zullen de hersenen binnen korte tijd stoppen met functioneren en afsterven.³⁸¹⁵ Uiteraard is dan wel vereist dat de hart- en ademstilstand voldoende lang heeft geduurd opdat dergelijke afsterving plaatsvond.³⁸¹⁶ Bijgevolg steunen het cardio-respiratoir criterium en het neurologisch criterium niet op een verschillend doodskoncept, maar zijn het slechts alternatieve indicaties van eenzelfde toestand, nl. dé dood.³⁸¹⁷

Sommigen wijzen er evenwel op dat het strikt gezien correcter is om te spreken van het *circulatoir*(-respiratoir) criterium, aangezien niet de hartslag maar de circulatie van zuurstofrijk

³⁸¹¹ H.A.H. VAN TILL-D'AULNIS DE BOUROUILL, *o.c.*, TPR 1974, (495) 495 en 522; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 28 en 135 ; D. PRICE, *o.c.* in A.-M. FARRELL, D. PRICE en M. QUIGLEY (eds.), *Organ shortage*, 2011, (245) 250 ; E.P. FOLEY, *The Law of Life and Death*, 2011, 86-87.

³⁸¹² Zie *supra* Afd. 2, § 2 van dit Hoofdstuk.

³⁸¹³ H.A.H. VAN TILL-D'AULNIS DE BOUROUILL, *o.c.*, TPR 1974, (495) 522; O.T. TERPSTRA, *o.c.* in H.A.M.J. TEN HAVE, D.P. ENGBERTS en L.E. KALKMAN-BOGERD (eds.), *Ethiek en recht in de gezondheidszorg*, 1992, losbl., XXIII, (21) 23; GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 222-223; PRESIDENT'S COUNCIL ON BIOETHICS, *Controversies in the Determination of Death*, 2008, <https://bioethicsarchive.georgetown.edu>, 22-29; J.K. MASON, *o.c.* in A. GRUBB, J. LAING en J. MCHALE (eds.), *Principles of medical law*, 2010 (3^{de} ed.), (1127) 1130.

³⁸¹⁴ E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 197-200; D. PRICE, *o.c.* in A.-M. FARRELL, D. PRICE en M. QUIGLEY (eds.), *Organ shortage*, 2011, (245) 253; J.L. BERNAT, *o.c.*, *Hastings Center Report* 2013, (25) 28.

³⁸¹⁵ REPORT OF THE AD HOC COMMITTEE OF THE HARVARD MEDICAL SCHOOL, *o.c.*, JAMA 1968, (337) 339 ; H.A.H. VAN TILL-D'AULNIS DE BOUROUILL, *o.c.*, TPR 1974, (495) 515 en 522; H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 1991 (1^{ste} ed.), 320-321; E. PILLEN, *o.c.*, T. Gen. 1994, (1295) 1295; GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 222-223; J.L. BERNAT, *o.c.*, J.L. Med. & Ethics 2006, (35) 39; D. GARDINER *et al.*, *o.c.*, BJA 2012, (i14) i16; F. VERSCHUREN *et al.*, *o.c.* in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (68) 69.

³⁸¹⁶ C. PALLIS, *o.c.*, J. Med. Ethics 1983, (32) 33; M.A. BOS, "Ethical and Legal Issues in Non-Heart-Beating Organ Donation", *Transplantation* 2005, (1143) 1144; ACADEMY OF MEDICAL ROYAL COLLEGES, *A Code of Practice for the Diagnosis and Confirmation of Death*, 2008, www.bts.org.uk, 11; J.T. EBERL en P.R. HELFT, "Le modèle américain" in M.-J. THIEL (ed.), *Donner, recevoir un organe*, 2009, (31) 37; L. WOSTYN, *Het overmaken van medische gegevens na het overlijden van de patiënt*, 2011, 88. Zie uitvoeriger hierover *infra* B.2.c. van deze paragraaf.

³⁸¹⁷ B. FURROW *et al.*, *Health Law*, 1995, 676; GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 208, 224 en 230; J.L. BERNAT, *o.c.*, J.L. Med. & Ethics 2006, (35) 35; J.K. MASON, *o.c.* in A. GRUBB, J. LAING en J. MCHALE (eds.), *Principles of medical law*, 2010 (3^{de} ed.), (1127) 1130; C. LEMMENS, *o.c.* in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1513) 1521.

bloed bepalend is.³⁸¹⁸ Hoe dan ook wordt het circulatoir/cardio-respiratoir criterium algemeen aanvaard als maatstaf voor de doodsdiaagnose.³⁸¹⁹

b. Belang voor orgaantransplantatie: non-heart-beating donors

1) Algemeen

819. Overleden orgaandonoren bij wie de dood is vastgesteld op basis van het cardio-respiratoir criterium worden traditioneel *non-heart-beating donors* (NHBD) of hartdode donoren genoemd.³⁸²⁰ Vaak wordt ook gesproken van *donation after cardiac death* of, correcter, van *donation after (cardio)circulatory death* (DCD).³⁸²¹ Soms noemt men ze ook *asystolic donors*.³⁸²²

In de beginjaren werden voor orgaantransplantaties met overleden donoren uitsluitend *non-heart-beating* donoren gebruikt. Deze situatie was echter ver van ideaal. Door het stilvallen van de bloedcirculatie (ischemie) vóór orgaanwegname daalt de kwaliteit van de organen immers aanzienlijk.³⁸²³ De opkomst van *heart-beating* donoren, waarbij dit ischemisch letsel vermeden kan worden door kunstmatige instandhouding van de circulatie, plaatste de *non-heart-beating* donoren dan ook enige tijd op de achtergrond. Pas vanaf de jaren '90 hebben verschillende transplantatiecentra *non-heart-beating* donoren opnieuw geïntroduceerd als gedeeltelijke oplossing voor het groeiende orgaantekort.³⁸²⁴

Dood door hart- en ademstilstand komt veel vaker voor dan dood door enkel de uitval van hersenfuncties. Het staat dan ook bekend dat de *non-heart-beating* donorpool een groot potentieel aan donororganen bevat.³⁸²⁵ In Europa is de NHBD-praktijk vooral sterk aanwezig in Nederland³⁸²⁶ en het Verenigd Koninkrijk, maar ook in België. Niettemin zijn in België de zogenaamde hersendode donoren voorlopig nog steeds de grootste orgaanbron.

³⁸¹⁸ E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 192-193; A. SHEWMON, o.c., *J. Med. Phil.* 2001, (457) 469; GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 235; D. GARDINER et al., o.c., *BJA* 2012, (i14) i16.
³⁸¹⁹ Zie o.a. België: Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 20 juni 1992 betreffende de wegneming van weefsels bij lijken, www.ordomedic.be; C. LEMMENS, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1513) 1518 en 1522. Frankrijk: art. R1232-1 Code de la santé publique. USA: § 1 UDDA 1980; OPTN Policy 1.2., www.optn.transplant.hrsa.gov.

³⁸²⁰ A.A.F. JOCHEMS en F.W.M.G. JOOSTEN, *Coëlho*, 2009, 607. Zie o.a. ook: Advies van de Nationale Raad van de Orde van Geneesheren van 19 februari 1994 betreffende orgaandonatie – vaststelling van het overlijden, www.ordomedic.be; Nationale Raad Orde der Geneesheren, “Orgaandonatie. Vaststelling van het overlijden”, *T. Orde Gen.* 1994, nr. 65, 30; S. TACK, o.c., *Orpadt forum* 2006, jaargang 7, nr. 1, (20) 20; GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 39 en 207.

³⁸²¹ Zie o.a.: O. DETRY et al., o.c., *Transpl. Proc.* 2012, (1189) 1189-1190; P. EVRARD, o.c., *Transpl. Proc.* 2014, (3138) 3138; P.E. MORRISSEY en A.P. MONACO, “Donation After Circulatory Death: Current Practices, Ongoing Challenges, and Potential Improvements”, *Transplantation* 2014, (258) 258. F. VERSCHUREN et al., o.c. in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (68) 68.

³⁸²² Zie o.a.: 42 CFR §486.302 en OPTN Policy 1.2., www.optn.transplant.hrsa.gov.

³⁸²³ E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 195-196; GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 208 en 231-234; Verslag BROTTCHI en TEMMERMAN, *Parl. St. Senaat* 2010-11, nr. 5-666/3, 22.

³⁸²⁴ M.A. BOS, o.c., *Transplantation* 2005, (1143) 1143; S. TACK, o.c., *Orpadt forum* 2006, jaargang 7, nr. 1, (20) 20; I. JOCHMANS et al., “Kidney donation after circulatory death in a country with a high number of brain dead donors: 10-year experience in Belgium”, *Transpl. Int.* 2012, (857) 861; O. DETRY et al., o.c., *Transpl. Proc.* 2012, (1189) 1189-1190.

³⁸²⁵ G. KOOTSTRA, “Expanding the Donor Pool: The Challenge of Non-Heart-Beating Donor Kidneys”, *Transpl. Proc.* 1997, 3620; RATHENAU INSTITUUT, *Tekort aan donororganen nauwelijks oplosbaar*, 2002, 11; I. JOCHMANS et al., o.c., *Transpl. Int.* 2012, (857) 858. Zie ook: Vraag nr. 107 Y. LETERME van 14 april 2000, *T. Gez.* 2000-01, 60; Vraag nr. 571 Y. LETERME van 4 maart 2003, *T. Gez.* 2003-04, 15; W. VAN REUSEL en P. SCHOTSMANS, “Hoe onoplosbaar is het tekort aan organen voor transplantatie?”, *A. Hosp.* 2004, (59) 60; Advies van de Nationale Raad van de Orde van Geneesheren van 15 juli 2006 betreffende “non-heart-beating” donoren, www.ordomedic.be; Commission staff working document – Impact Assessment, SEC(2007) 705, <http://eur-lex.europa.eu, 32-33>; M. COOPMAN, “Orgaandonatie en het tekort aan donoren in vergelijkend perspectief. De situatie in België en Nederland”, *Jura Falc.* 2007-08, (383) 398-399; F. VAN GELDER et al., o.c., *Acta Chir. Belg.* 2008, (27) 27.

³⁸²⁶ Dit land wordt een pioniersrol toegeschreven: GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 215.

820. Verbeterde preservatietechnieken hebben het ischemieprobleem enigszins ingedijkt en de kwaliteit van *non-heart-beating* donoren doen toenemen.³⁸²⁷ De kwaliteit varieert evenwel naargelang het type orgaan. De beste resultaten worden bereikt met *non-heart-beating*-nieren. Onderzoek heeft overtuigend aangetoond dat de lange termijn-resultaten vergelijkbaar zijn met *heart-beating* nieren.³⁸²⁸ Levers van *non-heart-beating* donoren kunnen ook aanvaardbaar zijn, maar vertonen weliswaar nog een verhoogd risico, wat enige terughoudendheid heeft opgewekt.³⁸²⁹ De ervaring met pancreas en longen is daarentegen nog beperkt, maar suggereert al wel aanvaardbare resultaten.³⁸³⁰ Ook met harten van *non-heart-beating* donoren is al een beperkte en voorlopig positieve ervaring opgedaan.³⁸³¹

2) Specifiek

821. De groep *non-heart-beating* donoren wordt onderverdeeld in verschillende subcategorieën. Op een eerste niveau wordt het onderscheid gemaakt tussen ongecontroleerde en gecontroleerde NHB-donoren.³⁸³² Dit onderscheid is relevant ter indicatie van de ischemietijd en dus van de kwaliteit van de organen.³⁸³³ Op een tweede niveau wordt het onderscheid tussen de ongecontroleerde en gecontroleerde donoren verfijnd volgens de zogenaamde Maastricht-classificatie.³⁸³⁴ Ook deze opdeling is relevant, doordat iedere Maastrichtcategorie een eigenheid qua medische en ethische aspecten vertoont, wat het debat op gestructureerde wijze kan doen verlopen.³⁸³⁵

822. Bij de *ongecontroleerde* donoren is het intreden van de circulatie- en ademstilstand ongepland, zodat de ischemie langer duurt alvorens alles in gereedheid is gebracht voor de orgaanwegname.³⁸³⁶ Onder dit soort donoren vallen Maastrichtcategorieën I, II en IV.³⁸³⁷

³⁸²⁷ E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 194-195; GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 208-211.

³⁸²⁸ A.I. SÁNCHEZ-FRUCTUOSO *et al.*, "Renal Transplantation from Non-Heart Beating Donors: A Promising Alternative to Enlarge the Donor Pool", *J. Am. Soc. Nephrol.* 2000, (350) 353, 354 en 356-357; GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 248-250 en 257; I. JOCHMANS *et al.*, *o.c.*, *Transpl. Int.* 2012, (857) 858; E.R. PIETER HOOGLAND *et al.*, "Kidneys from uncontrolled donors after cardiac death: wick kidneys do worse?", *Transpl. Int.* 2013, 477-484; P.E. MORRISSEY en A.P. MONACO, *o.c.*, *Transplantation* 2014, (258) 260.

³⁸²⁹ D. MONBALIU *et al.*, "Liver Transplantation Using Non-Heart-Beating Donors: Belgian Experience", *Transpl. Proc.* 2007, (1481) 1481; J. PIRENNE *et al.*, "Abdominal Transplant Surgery and Transplant Coordination University Hospitals Leuven 1997-2007: an Overview", *Acta Chir. Belg.* 2008, (15) 16; O. DETRY *et al.*, "Liver Transplant Donation After Cardiac Death: Experience at the University of Liege", *Transpl. Proc.* 2009, (582) 582 en 583; O. DETRY *et al.*, "Liver transplantation from donation after cardiac death donors: initial Belgian experience 2003-2007", *Transpl. Int.* 2010, (611) 612 en 617; A.R. MANARA, P.G. MURPHY en G. O'CALLAGHAN, "Donation after circulatory death", *BJA* 2012, (i108) i117; P.E. MORRISSEY en A.P. MONACO, *o.c.*, *Transplantation* 2014, (258) 260-261.

³⁸³⁰ GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 281-286; A.R. MANARA, P.G. MURPHY en G. O'CALLAGHAN, *o.c.*, *BJA* 2012, (i108) i117; P.E. MORRISSEY en A.P. MONACO, *o.c.*, *Transplantation* 2014, (258) 260 en 621.

³⁸³¹ C.N. BARNARD, "A Human Cardiac Transplant: An Interim Report of a Successful Operation Performed at Groote Schuur Hospital, Cape Town", *S.A. Med. J.* 1967, 1271-1274; M.M. BOUCEK *et al.*, "Pediatric Heart Transplantation after Declaration of Cardiocirculatory Death", *N. Engl. J. Med.* 2008, (709) 712.

³⁸³² P. EVRARD, "Belgian Modified Classification of Maastricht for Donors After Circulatory Death", *Transpl. Proc.* 2014, (3138) 3140; F. VERSCHUREN *et al.*, *o.c.* in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (68) 69.

³⁸³³ GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 212 en 236; O. DETRY *et al.*, *o.c.*, *Transpl. Proc.* 2012, (1189) 1190.

³⁸³⁴ G. KOOTSTRA, "Statement on Non-Heart-Beating Donor Programs", *Transpl. Proc.* 1995, 2965. Zie voor nog een derde opdelingsniveau: O. DETRY *et al.*, *o.c.*, *Transpl. Proc.* 2012, (1189) 1191, 1192 en 1193.

³⁸³⁵ G. KOOTSTRA, J.H.C. DAEMEN en A.P.A. OOMEN, "Categories of Non-Heart-Beating Donors", *Transpl. Proc.* 1995, (2893) 2893; P. EVRARD, *o.c.*, *Transpl. Proc.* 2014, (3138) 3139.

³⁸³⁶ O. DETRY *et al.*, *o.c.*, *Transpl. Int.* 2010, (611) 616.

³⁸³⁷ Met betrekking tot categorie IV lijkt er hierover geen eensgezindheid te bestaan. De meeste Belgische auteurs opteren voor de kwalificatie als 'ongecontroleerd': P. BORRY *et al.*, "Donation after Uncontrolled Cardiac Death (uDCD): A Review of the Debate from European Perspective", *J.L. Med. & Ethics* 2008, (752) 753; D. MONBALIU *et al.*, "Liver Transplantation from Non-Heart-

Categorie I omvat de *dead on arrival*-gevallen. Het betreft patiënten met een onomkeerbaar circulatoir en respiratoir arrest buiten het ziekenhuis (bv. bij een verkeersongeval of bij zelfdoding).³⁸³⁸ Omdat er over de duur van de ischemie (en dus de orgaankwaliteit) vaak grote onzekerheid bestaat, worden donoren van categorie I voorlopig ongeschikt geacht in België.³⁸³⁹

Categorie II omvat vervolgens de gevallen van *unsuccessful resuscitation*. Het gaat om patiënten met circulatoir en respiratoir arrest (bv. door een CVA of door hartlijden) waarbij op weg naar en/of in het ziekenhuis resuscitatiepogingen ondernomen worden zonder succes.³⁸⁴⁰ In België werd reeds een beperkt aantal categorie II-donoren gerapporteerd.³⁸⁴¹

Categorie IV omvat ten slotte de gevallen van *cardiac arrest while brain dead*. Hier gaat het om donoren die al dood werden verklaard op basis van het neurologisch criterium, maar die vóór orgaanwegname een circulatoir en respiratoir arrest ondergaan.³⁸⁴² Dergelijke donoren komen slechts zelden voor in België.³⁸⁴³

823. Bij de *gecontroleerde* donoren is het intreden van de circulatie- en ademstilstand daarentegen voorzien in het raam van een levenseindebeslissing en is de orgaanwegname vooraf gepland zodat de ischemietijd zeer kort kan worden gehouden.³⁸⁴⁴ Het gaat om de donoren van categorie III en V.

Categorie III betreft *awaiting cardiac arrest*, vroeger ook wel de gevallen van ‘*ventilator switch-off*’ genoemd. Het gaat meer bepaald om patiënten in een medisch uitzichtloze toestand, waarbij besloten wordt om de behandeling te staken, de hart- en ademstilstand af te wachten en daarna tot orgaanwegname over te gaan.³⁸⁴⁵ Deze categorie komt veruit het meeste voor in België.³⁸⁴⁶ Doorgaans gaat het om patiënten met een ernstig hersenletsel die niet voldoen aan het neurologisch doodscriterium en evenmin verwacht worden hieraan te zullen voldoen in de toekomst.³⁸⁴⁷ Aangezien de NHBD-praktijk voorlopig veeleer beperkt is tot abdominale organen (m.n. nieren en lever), blijft dood op basis van een neurologisch criterium enigszins een voorwaarde voor multi-orgaandonatie (incl. thoracale

Beating Donors: Current Status and Future Prospects in an Experimental Model”, *Acta Chir. Belg.* 2008, (45) 46; O. DETRY *et al.*, *o.c.*, *Transpl. Proc.* 2012, (1189) 1192-1193. *Contra*: P. EVRARD, *o.c.*, *Transpl. Proc.* 2014, (3138) 3139 en 3141.

³⁸³⁸ G. KOOTSTRA, J.H.C. DAEMEN en A.P.A. OOMEN, *o.c.*, *Transpl. Proc.* 1995, (2893) 2893.

³⁸³⁹ S. TACK, *o.c.*, *Orpadt forum* 2006, jaargang 7, nr. 1, (20) 20; F. VERSCHUREN *et al.*, *o.c.* in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (68) 69. Zie daarentegen de ervaringen in Madrid: GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 237; A.I. SÁNCHEZ-FRUCTUOSO *et al.*, *o.c.*, *J. Am. Soc. Nephrol.* 2000, (350) 350-351 en 356.

³⁸⁴⁰ G. KOOTSTRA, J.H.C. DAEMEN en A.P.A. OOMEN, *o.c.*, *Transpl. Proc.* 1995, (2893) 2893; S. TACK, *o.c.*, *Orpadt forum* 2006, jaargang 7, nr. 1, (20) 20; F. VERSCHUREN *et al.*, *o.c.* in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (68) 89.

³⁸⁴¹ J. MALAISE *et al.*, “Non-Heart-Beating Donor, 10-Year Experience in a Belgian Transplant Center”, *Transpl. Proc.* 2007, (2578) 2578; I. JOCHMANS *et al.*, *o.c.*, *Transpl. Int.* 2012, (857) 859. Zie ook: F. VERSCHUREN *et al.*, *o.c.* in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (68) 92. Zie daarentegen de ruime ervaring in Madrid: P. BORRY *et al.*, *o.c.*, *J.L. Med. & Ethics* 2008, (752) 754.

³⁸⁴² G. KOOTSTRA, J.H.C. DAEMEN en A.P.A. OOMEN, *o.c.*, *Transpl. Proc.* 1995, (2893) 2894; S. TACK, *o.c.*, *Orpadt forum* 2006, jaargang 7, nr. 1, (20) 20-21; P. EVRARD, *o.c.*, *Transpl. Proc.* 2014, (3138) 3141.

³⁸⁴³ D. VAN DEYNSE *et al.*, “Non-Heart-Beating Donor, Renewal of an Old Procedure: A Belgian Experience”, *Transpl. Proc.* 2005, 2821-2822; J. MALAISE *et al.*, *o.c.*, *Transpl. Proc.* 2007, (2578) 2578; D. MONBALIU *et al.*, *o.c.*, *Transpl. Proc.* 2007, (1481) 1482 en 1483.

³⁸⁴⁴ Orgaanwegname bij een donor die op basis van het neurologisch criterium dood is verklaard, is ook steeds een gepland en dus gecontroleerde procedure.

³⁸⁴⁵ G. KOOTSTRA, J.H.C. DAEMEN en A.P.A. OOMEN, *o.c.*, *Transpl. Proc.* 1995, (2893) 2893.

³⁸⁴⁶ J. MALAISE *et al.*, *o.c.*, *Transpl. Proc.* 2007, (2578) 2578; I. JOCHMANS *et al.*, *o.c.*, *Transpl. Int.* 2012, (857) 859. Vgl. daarentegen met Frankrijk en Spanje, waar het vooral om categorie II-donoren gaat: P.E. MORRISSEY en A.P. MONACO, *o.c.*, *Transplantation* 2014, (258) 259.

³⁸⁴⁷ GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 238; F. VERSCHUREN *et al.*, *o.c.* in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (68) 70 en 73.

organen).³⁸⁴⁸ Bijgevolg wordt aangeraden om patiënten niet te snel als NHB-donoren te kwalificeren en om toch ook voldoende aandacht te blijven schenken aan neurologisch diagnoseonderzoek.³⁸⁴⁹

Categorie V betreft orgaanwegneming *na euthanasie*. Ze kent haar oorsprong in België en werd pas recent als aanvulling op de oorspronkelijke Maastricht-classificatie voorgesteld.³⁸⁵⁰ Dit type NHBD geniet de goedkeuring van lokale ethische comités en wordt eveneens erkend door Eurotransplant.³⁸⁵¹ Zowel in België,³⁸⁵² als in Nederland³⁸⁵³ werden al categorie V-donoren gerapporteerd. Op het eerste gezicht bevat deze categorie een beduidend donorpotentieel, aangezien 1.432 euthanasiegevallen in 2012 en zelfs 1.807 gevallen in 2013 werden geregistreerd.³⁸⁵⁴ Dit beeld moet echter bijgesteld worden. In de meeste euthanasiegevallen lijdt de patiënt aan terminale kanker, zodat de organen wegens het risico op ziekteoverdracht niet voor transplantatie in aanmerking zullen komen.³⁸⁵⁵ Slechts een klein percentage van de euthanasiepatiënten heeft uiteindelijk een aandoening die wél transplantatie toelaat (bv. neurodegeneratief, musculair of psychiatrisch).³⁸⁵⁶ Uiteraard is dit enkel mogelijk in de weinige landen die euthanasie hebben gelegaliseerd, wat in België met de Euthanasiewet van 28 mei 2002 is gebeurd. Een schending van de Euthanasiewet zal weliswaar niet noodzakelijk een schending van de Orgaantransplantatiewet betekenen.

c. Diagnosemethode

824. Voor België bestaat er geen juridische of deontologische norm specifiek aangeeft hoe het uitvallen van de cardio-respiratoire functie bij een potentiële orgaandonor moet worden vastgesteld. De arts beschikt hier dus over een zekere vrijheid. In de medische literatuur wordt aangenomen dat een circulatoir arrest kan worden gediagnosticeerd via arteriële bloeddrukmeting of via echocardiografie.³⁸⁵⁷ Het stoppen van de ademhaling kan vastgesteld worden op het zicht of met een pulsoxymeter.³⁸⁵⁸ Omtrent deze technieken blijkt geen merkbare controverse te bestaan. In vergelijking met het uitvallen van de hersenfunctie is het uitvallen van de cardio-respiratoire functie eenvoudig te testen.³⁸⁵⁹

³⁸⁴⁸ E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 35.

³⁸⁴⁹ I. JOCHMANS *et al.*, *o.c.*, *Transpl. Int.* 2012, (857) 862-865; A.R. MANARA, P.G. MURPHY en G. O'CALLAGHAN, *o.c.*, *BJA* 2012, (i108) i118.

³⁸⁵⁰ D. VAN RAEMDONCK *et al.*, "Initial experience with transplantation of lungs recovered from donors after euthanasia", *App. Cardiopulm. Path.* 2011, (38) 46; O. DETRY *et al.*, *o.c.*, *Transpl. Proc.* 2012, (1189) 1191, 1192 en 1193.

³⁸⁵¹ Eurotransplant Newsletter nr. 212, www.eurotransplant.org, 7, waar bepaalde voorwaarden in verband met de allocatie van dergelijk organen werd gesteld; D. YSEBAERT *et al.*, "Organ Procurement After Euthanasia: Belgian Experience", *Transpl. Proc.* 2009, (585) 586; D. VAN RAEMDONCK *et al.*, *o.c.*, *App. Cardiopulm. Path.* 2011, (38) 40; O. DETRY *et al.*, *o.c.*, *Transpl. Proc.* 2012, (1189) 1191, 1192 en 1193; "België is voortrekker inzake orgaandonatie, maar wachtlijsten blijven toenemen", vzw de maakbare mens.

³⁸⁵² D. YSEBAERT *et al.*, *o.c.*, *Transpl. Proc.* 2009, (585) 586; O. DETRY *et al.*, *o.c.*, *Transpl. Int.* 2010, (611) 616-617.

³⁸⁵³ G. VAN DIJK *et al.*, "Orgaandonatie na euthanasie bij een patiënt met een neurodegeneratieve aandoening", *Ned. T. Gen.* 2013, (1) 1-2.

³⁸⁵⁴ Verslag Federale Controle- en Evaluatiecommissie Euthanasie 2014, <http://www.health.belgium.be>, 7.

³⁸⁵⁵ Zie over aansprakelijkheid voor ziekteoverdracht door orgaantransplantatie *infra* Deel VI, Hoofdstuk II.

³⁸⁵⁶ D. VAN RAEMDONCK *et al.*, *o.c.*, *App. Cardiopulm. Path.* 2011, (38) 45; O. DETRY *et al.*, *o.c.*, *Transpl. Proc.* 2012, (1189) 1193; G. VAN DIJK *et al.*, *o.c.*, *Ned. T. Gen.* 2013, (1) 3; P. EVRARD, *o.c.*, *Transpl. Proc.* 2014, (3138) 3141.

³⁸⁵⁷ O. DETRY *et al.*, *o.c.*, *Transpl. Proc.* 2012, (1189) 1189; F. VERSCHUREN *et al.*, *o.c.* in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (68) 80; J. JORIS *et al.*, "End of Life Care in the Operating Room for Non-Heart-Beating Donors: Organization at the University Hospital of Liège", *Transpl. Proc.* 2011, (3441) 3443. Vgl. GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 208 en 229; ACADEMY OF MEDICAL ROYAL COLLEGES, *A Code of Practice for the Diagnosis and Confirmation of Death*, 2008, www.bts.org.uk, 12.

³⁸⁵⁸ S. TACK, *o.c.*, *Orpadt forum* 2006, jaargang 7, nr. 1, (20) 31.

³⁸⁵⁹ GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 208; L. BRUNET, *o.c.* in F. BELLIVIER en C. NOIVILLE, *Nouvelles frontières de la santé, nouveaux rôles et responsabilités du médecin*, 2006, (137) 143; J.K. MASON, *o.c.* in A. GRUBB, J. LAING en J. MCHALE (eds.), *Principles of medical law*, 2010 (3^{de} ed.), (1127) 1131; C. LEMMENS, *o.c.* in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1513) 1522.

825. De *timing* van de cardio-respiratoire diagnosemethode blijkt daarentegen minder vanzelfsprekend. Zoals al gezegd, mag de wegneming van ‘vitale’ organen niet plaatsvinden voordat de donor dood is (de *dead donor rule*). Opdat de donor volgens het cardio-respiratoir criterium dood kan worden verklaard, moet de circulatie- en respiratiestop voldoende lang hebben geduurd zodat de hersenfuncties onomkeerbaar zijn uitgevallen.³⁸⁶⁰ De tijdspanne tussen circulatie- en respiratiestop enerzijds en dood door uitval van hersenfuncties anderzijds wordt de *no-touch*-periode,³⁸⁶¹ en ook wel eens de observatie-, wacht-, *hands-off*- of *stand-off*-periode genoemd. Enkel voor categorie IV-donoren zal geen *no-touch*-periode vereist zijn, aangezien ze al op basis van het neurologische criterium dood zijn verklaard.³⁸⁶² Voor de overige categorieën rijst de vraag hoe lang de *no-touch*-periode juist moet duren.

In de praktijk bestaat er variatie in de duur van de *no-touch*-periode. De langste *no-touch* die in België wordt toegepast, duurt 10 minuten.³⁸⁶³ Dit stemt overeen met de aanbeveling van de eerste internationale workshop omtrent *non-heart-beating* donors (Maastricht, 1995).³⁸⁶⁴ Frequenter wordt in België een *no-touch* van 5 minuten gerapporteerd.³⁸⁶⁵ In Nederland³⁸⁶⁶ en het Verenigd Koninkrijk³⁸⁶⁷ blijkt 5 minuten de standaard te zijn. De kortste *no-touch* die tot nu toe in België werd aanvaard, duurde slechts 2 minuten,³⁸⁶⁸ zoals bv. ook al in het controversiële protocol van het University of Pittsburgh Medical Center³⁸⁶⁹ in de Verenigde Staten. Vanuit de Amerikaanse stad Denver werden zelfs al *no-touch*-tijden van amper 75 seconden gemeld.³⁸⁷⁰ Terwijl de nood aan zekerheid³⁸⁷¹ pleit voor een voldoende lange wachtperiode (belang van de donor),³⁸⁷² vereist het beperken van de ischemie een zo kort mogelijke *no-touch* (belang van de ontvanger).³⁸⁷³ Dit dilemma verklaart waarom het *no-touch*-

³⁸⁶⁰ Cf. *supra* B.2.a. van deze paragraaf.

³⁸⁶¹ F. VERSCHUREN *et al.*, o.c. in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (68) 80.

³⁸⁶² GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 229 en 239-240; S. TACK, o.c., *Orpadt forum* 2006, jaargang 7, nr. 1, (20) 33; O. DETRY *et al.*, o.c., *Transpl. Proc.* 2012, (1189) 1193.

³⁸⁶³ S. TACK, o.c., *Orpadt forum* 2006, jaargang 7, nr. 1, (20) 22; D. MONBALIU *et al.*, o.c., *Transpl. Proc.* 2007, (1481) 1482; O. DETRY *et al.*, “Organ donation after physician-assisted death”, *Transpl. Int.* 2008, 915 (over categorie V); F. VERSCHUREN *et al.*, o.c. in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (68) 80.

³⁸⁶⁴ G. KOOTSTRA, “Statement on Non-Heart-Beating Donor Programs”, *Transpl. Proc.* 1995, 2965.

³⁸⁶⁵ S. TACK, o.c., *Orpadt forum* 2006, jaargang 7, nr. 1, (20) 22, 30-31 en 32; “Opgeknapte organen”, *De Standaard* 24 mei 2006, p. 28; D. MONBALIU *et al.*, o.c., *Transpl. Proc.* 2007, (1481) 1482; O. DETRY *et al.*, o.c., *Transpl. Proc.* 2009, (582) 583; H. LEDINH *et al.*, “Contribution of Donors After Cardiac Death to the Deceased Donor Pool: 2002 to 2009 University of Liege Experience”, *Transpl. Proc.* 2010, (4369) 4370; I. JOCHMANS *et al.*, o.c., *Transpl. Int.* 2012, (857) 859. Zie ook: Advies nr. 63 van 12 oktober 2015 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek betreffende sommige aspecten van het ontwerpprotocol “Donation after Circulatory Death” (DCD) van de Belgische Transplantatieraad en de Belgische Transplantatievereniging, <http://www.health.belgium.be>, 5.

³⁸⁶⁶ GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 238 en 239; G. VAN DIJK *et al.*, o.c., *Ned. T. Gen.* 2013, (1) 2. Vgl. ook art. 22, lid 3 WOD.

³⁸⁶⁷ ACADEMY OF MEDICAL ROYAL COLLEGES, *A Code of Practice for the Diagnosis and Confirmation of Death*, 2008, www.bts.org.uk, 12.

³⁸⁶⁸ D. MONBALIU *et al.*, o.c., *Transpl. Proc.* 2007, (1481) 1482; O. DETRY *et al.*, o.c., *Transpl. Proc.* 2009, (582) 583; H. LEDINH *et al.*, o.c., *Transpl. Proc.* 2010, (4369) 4370; J. JORIS *et al.*, o.c., *Transpl. Proc.* 2011, (3441) 3443; F. VERSCHUREN *et al.*, o.c. in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (68) 80.

³⁸⁶⁹ Zie ook: M.F. ANDERSON, o.c., *Health Matrix* 1995, vol. 5, (249) 271-272; E.P. FOLEY, *The Law of Life and Death*, 2011, 89-90.

³⁸⁷⁰ M.M. BOUCEK *et al.*, o.c., *N. Engl. J. Med.* 2008, (709) 711 en 713.

³⁸⁷¹ Zie *supra* Afd. 1 van dit Hoofdstuk.

³⁸⁷² Zie ook: D.Y.A. VAN MEERSBERGEN, o.c. in G.R.J. DE GROOT, T.A.M. VAN DEN ENDE, L.E. KALKMAN-BOGERD en J.J.M. LINDERS (eds.), *Gezondheidsrecht: tekst & commentaar*, Deventer, Kluwer, 2013, (1481) 1524, waar de *no-touch* in het belang van de nabestaanden wordt geacht (tijd om rustig afscheid te nemen).

³⁸⁷³ Vgl. D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 76; PRESIDENT’S COUNCIL ON BIOETHICS, *Controversies in the Determination of Death*, 2008, <https://bioethicsarchive.georgetown.edu>, 80; J.K. MASON, o.c. in A. GRUBB, J. LAING en J. MCHALE (eds.), *Principles of medical law*, 2010 (3^{de} ed.), (1127)1132-1134.

vraagstuk wordt beschouwd als één van de meest controversiële aspecten van NHBD-protocollen.³⁸⁷⁴

d. Voorstel tot wettelijke precisering

826. Het staat vast dat het cardio-respiratoir diagnosecriterium sterk aan belang heeft gewonnen in het kader van *non-heart-beating* orgaandonatie. Gelet op het aanhoudende orgaantekort zal dit in de nabije toekomst wellicht niet veranderen. Gelukkig is het cardio-respiratoir doodscriterium minder problematisch dan het neurologische criterium. Er bestaat immers geen ernstige conceptuele discussie over het criterium *in se*. Bovendien komt de hart- en ademstilstand beter overeen met het traditionele beeld van de dood, zodat het gemakkelijker kan rekenen op begrip van het publiek en in het bijzonder van de familie van de donor.³⁸⁷⁵

827. De diagnosemethode is daarentegen niet geheel probleemloos. Er blijkt immers onenigheid te bestaan over de timing van de doodsverklaring. Het staat vast dat de bescherming van de orgaandonor en het behoud van het publieke vertrouwen in de transplantatiesector duidelijkheid en zekerheid over de dood van de donor vereisen.³⁸⁷⁶ Het gebrek aan eenduidigheid over de timing van de cardio-respiratoire doodsdiaagnose kunnen echter de bescherming van de donor en het publieke vertrouwen aantasten.³⁸⁷⁷ Hoe moet hiermee juridisch worden omgesprongen?

Volgens één auteur moet het cardio-respiratoire criterium bij dergelijke timingsperikelen simpelweg worden afgewezen.³⁸⁷⁸ Deze oplossing is echter niet wenselijk. Hoogstwaarschijnlijk zal deze oplossing het orgaanaanbod meer doen dalen dan het risico op publiek wantrouwen bij behoud van het cardio-respiratoire criterium zou doen. Bovendien is dit criterium, zoals gezegd, conceptueel correct, zodat bij voorkeur een minder verregaande oplossing gezocht moet worden.

Zo zou men het probleem kunnen omzeilen door een afwijking op de *dead donor rule* toe te laten.³⁸⁷⁹ Zoals al besproken, lijkt dergelijke oplossing echter evenveel of zelfs meer ethisch-juridische problemen te geven.³⁸⁸⁰

Een betere oplossing is m.i. het juridisch waarborgen van een wetenschappelijk onderbouwde standaardisering van deze diagnostiek.³⁸⁸¹ Gelet op de grote nood aan duidelijkheid en zekerheid lijkt een wetgevend optreden opportuun,³⁸⁸² mits hierbij een

³⁸⁷⁴ A.R. MANARA, P.G. MURPHY en G. O'CALLAGHAN, *o.c.*, *BJA* 2012, (i108) i114; P.E. MORRISSEY en A.P. MONACO, *o.c.*, *Transplantation* 2014, (258) 262.

³⁸⁷⁵ B. FURROW *et al.*, *Health Law*, 1995, 674; RATHENAU INSTITUUT, *Tekort aan donororganen nauwelijks oplosbaar*, 2002, 10; A.R. MANARA, P.G. MURPHY en G. O'CALLAGHAN, *o.c.*, *BJA* 2012, (i108) i109; C. LEMMENS, *o.c.* in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1513) 1522. Zie echter over categorie III-donoren: S. TACK, *o.c.*, *Orpadt forum* 2006, jaargang 7, nr. 1, (20) 25-26 en 27, die erop wijst dat het aanvaarden van de medische zinloosheid voorafgaand aan de donatiebeslissing nog wel soms moeilijk te aanvaarden is door de familie.

³⁸⁷⁶ Zie *supra* Afd. 1 van dit Hoofdstuk.

³⁸⁷⁷ Vgl. A.K. GLAZIER, *o.c.*, *Kan. J.L. & Pub. Pol'y* 2000, (640) 643 en 644; PRESIDENT'S COUNCIL ON BIOETHICS, *Controversies in the Determination of Death*, 2008, <https://bioethicsarchive.georgetown.edu>, 86, waar ook op aantasting van het rouwproces gewezen wordt; M.M. HARRINGTON, *o.c.*, *Denv. U.L. Rev.* 2009, (335) 363, 370-372, 375 en 377; W. BAGINSKI, *o.c.*, *Am. J.L. & Med.* 2009, (562) 563, 565-566 en 581-584; S.K. SHAH en F.G. MILLER, *o.c.*, *Am J.L. & Med.* 2010, (540) 565-566.

³⁸⁷⁸ H.A.H. VAN TILL-D'AULNIS DE BOUROUILL, *o.c.*, *TPR* 1974, (495) 535-538.

³⁸⁷⁹ W. GLANNON, "The Moral Insignificance of Death in Organ Donation", *Camb. Q. Healthc. Ethics* 2013, (192) 192, 195-196 en 201. Vgl.: S.K. SHAH en F.G. MILLER, *o.c.*, *Am J.L. & Med.* 2010, (540) 576 en 581-582.

³⁸⁸⁰ Zie hierover *supra* Deel IV, Hoofdstuk IV, Afd. 2, § 2, A.4.c. Vgl. ook C. LEMMENS, *o.c.* in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1513) 1541 en 1542.

³⁸⁸¹ Vgl. P.E. MORRISSEY en A.P. MONACO, *o.c.*, *Transplantation* 2014, (258) 259.

³⁸⁸² Vgl. W. BAGINSKI, *o.c.*, *Am. J.L. & Med.* 2009, (562) 563, 565-566 en 581-584; L. WOSTYN, *Het overmaken van medische gegevens na het overlijden van de patiënt*, 2011, 89.

evenwicht wordt gezocht tussen flexibiliteit en rechtszekerheid.³⁸⁸³ Het vastleggen van een *no-touch*-periode in de wet³⁸⁸⁴ of zelfs maar in een koninklijk, dan wel ministerieel besluit³⁸⁸⁵ is wellicht té verstarrend. Zoals werd voorgesteld ten aanzien van het neurologisch criterium lijkt het m.i. beter om de omschrijving van de cardio-respiratoire doodsdiaagnostiek te delegeren aan een gekwalificeerde medisch-wetenschappelijke instantie, die hierover een nationaal protocol opstelt.³⁸⁸⁶ Bij voorkeur gaat het om dezelfde instantie die het neurologische criterium moet standaardiseren, zodat een coherente benadering van de dood van de orgaandonor wordt bereikt. Naast de timing kan de standaardisering bv. ook betrekking hebben op de technieken voor de vaststelling van het circulatoir en respiratoir arrest of op specifieke regels voor kinderen. Zoals voorgesteld bij het neurologische criterium is m.i. ook hier bijkomend een duidelijke verplichting voor de ziekenhuizen tot het uitschrijven van specifieke lokale werkprocedures conform het nationale protocol aangewezen.³⁸⁸⁷

3. Somatische criteria

828. Een somatisch diagnosecriterium laat toe om de dood vast te stellen op basis van een uitwendig lichamelijk teken. Voorbeelden van somatische criteria die ondubbelzinnig de dood aantonen, zijn lijkstijfheid, onthoofding of ontbinding.³⁸⁸⁸ Somatische criteria zijn zeer eenvoudig te hanteren, want vereisen geen testen en zelfs geen medische opleiding.

De klinische bruikbaarheid van somatische criteria is evenwel zeer beperkt. Opdat orgaanwegneming na overlijden voldoende levensvatbare organen zou opleveren om voor transplantatie te kunnen dienen, is vereist dat de dood van de donor in een vroeg stadium wordt vastgesteld. Dit zal niet mogelijk zijn indien enkel op somatische diagnosecriteria vertrouwd wordt.³⁸⁸⁹ Ook buiten de orgaandonatiecontext zou (in klinische setting) het wachten op somatische criteria onnodig en respectloos ten aanzien van de overledene en zijn familie zijn.³⁸⁹⁰ De somatische doodscriteria zullen hier dan ook niet verder aan bod komen.

§ 2. PROCEDURELE ASPECTEN

829. Zoals hierboven al gezegd, betwisten verschillende auteurs (deels onterecht) de legitimiteit van de wetgever om regels over de *medische* aspecten van de doodsvaststelling uit te vaardigen.³⁸⁹¹ Daarentegen wordt niet betwist dat de nood aan zekerheid over de dood³⁸⁹²

³⁸⁸³ Cf. *supra* A.2. van deze paragraaf.

³⁸⁸⁴ Vgl. M.M. HARRINGTON, o.c., *Denv. U.L. Rev.* 2009, (335) 377-378 ; art. 22, lid 3 WOD.

³⁸⁸⁵ Vgl. art. R1232-1 Code de la santé publique.

³⁸⁸⁶ Vgl. *supra* B.1.d. van deze paragraaf in verband met het neurologisch criterium, alsook: GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 224 en 307-308; sec. 26(2) HTA 2004 (Verenigd Koninkrijk); P. SCHOTSMANS, *Handboek medisch ethiek*, 2008, 266, die reeds de nood aan algemeen aanvaarde en sluitende cardiopulmonale doodscriteria onderstreepte. Zie reeds: Dossier orgaantransplantatie, MagUZA oktober 2014, 22, waar blijkt dat er al een nationaal NHBD-protocol bestaat om aandacht te vragen voor dergelijke donoren in ziekenhuizen buiten de transplantatiecentra.

³⁸⁸⁷ Vgl. 42 CFR §486.344(f) ; Opinion 2.157 – Organ Donation After Cardiac Death, AMA Code of Medical Ethics, <http://www.ama-assn.org>; P. BORRY *et al.*, o.c., *J.L. Med. & Ethics* 2008, (752) 754; A.R. MANARA, P.G. MURPHY en G. O'CALLAGHAN, o.c., *BJA* 2012, (i108) i116; F. VERSCHUREN *et al.*, o.c. in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (68) 80.

³⁸⁸⁸ GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 222; K. JANSSEN VAN DOORN, "Orgaandonatie: een deugd of een plicht?", *T. Gen.* 2006, nr. 20, (1434) 1434; D. GARDINER *et al.*, o.c., *BJA* 2012, (i14) i15 en i16.

³⁸⁸⁹ GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 222; D.P. ENGBERTS en Y.M. KOSTER-REIDSMA, "Orgaantransplantatie en bloedtransfusie" in D.P. ENGBERTS en L.E. KALKMAN-BOGERT (eds.), *Gezondheidsrecht*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum, 2009 (2^{de} ed.), (121) 126.

³⁸⁹⁰ Zie ook: A.K. GLAZIER, o.c., *Kan. J.L. & Pub. Pol'y* 2000, (640) 641; E.P. FOLEY, *The Law of Life and Death*, 2011, 85; J.L. BERNAT, o.c., *Hastings Center Report* 2013, (25) 28.

³⁸⁹¹ Zie *supra* § 1, A.2. van deze Afdeling.

³⁸⁹² Zie *supra* Afd. 1 van dit Hoofdstuk.

een wettelijke *procedureregeling* vereist.³⁸⁹³ Naast bescherming van de donor tegen een voortijdige doodsverklaring³⁸⁹⁴ is dit ook van belang voor het behoud van het publiek vertrouwen.³⁸⁹⁵ In België werd een *procedureregeling* opgenomen in artikel 11 Orgaantransplantatiewet. De schending van deze *procedureregels* is een wanbedrijf dat gestraft kan worden met een gevangenisstraf van 3 maanden tot één jaar en/of een geldboete van 1.000 tot 10.000 euro.³⁸⁹⁶

Inhoudelijk steunt dit procedureel kader op drie pijlers.³⁸⁹⁷ Deze eerste pijler is de deskundigheid van degene die de dood vaststelt (*infra* A). De tweede pijler betreft de onafhankelijkheid van degene die de dood vaststelt (*infra* B). De derde pijler is ten slotte de controleerbaarheid van de doodsvaststelling (*infra* C). De verschillende procedurele waarborgen worden hieronder per pijler nader onderzocht met het oog op mogelijke voorstellen tot verbetering (*infra* D).

A. Deskundigheid

1. Artsenmonopolie

830. Volgens artikel 11 Orgaantransplantatiewet moet de dood worden vastgesteld door artsen.³⁸⁹⁸ De wet voorziet hier met andere woorden in een artsenmonopolie.³⁸⁹⁹ Dit is logisch. Zekerheid over de dood veronderstelt dat degene die de dood vaststelt, doorgedreven begrip van en inzicht in de materie heeft. Aangezien de doodsdagnostiek hoofdzakelijk een medische aangelegenheid is, moet deze taak worden voorbehouden aan iemand met voldoende medische expertise. Artsen kunnen geacht worden de nodige expertise te waarborgen.³⁹⁰⁰ Dit artsenmonopolie geldt ongeacht of de doodsdagnostiek op basis van het neurologische, dan wel het cardio-respiratoire criterium gebeurt.

Weliswaar moet het artsenmonopolie enigszins genuanceerd worden. Hoewel de doodsvaststelling op zich aan artsen is voorbehouden, is het de taak van het lokale donorcoördinatieteam, dat ook een of meer verpleegkundigen bevat, om de vaststelling te organiseren (bv. artsen oproepen).³⁹⁰¹ Daarnaast kan bij de doodsvaststelling een getuigenis van

³⁸⁹³ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 1984-1985, nr. 832-1, 11 en Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220-9, 19. Zie ook: J. SAVATIER, *o.c.*, *D. chron.* 1968, (89) 92; L. BOSMAN en M.L. LEROY-SWAANS, *o.c.*, *Rev. Méd. Liège* 1968, (588) 605-606; J.M.M. MAEIJER, *o.c.*, *TPR* 1969, (153) 163.

³⁸⁹⁴ J. MATTHIJS, *o.c.*, *RW* 1971-72, (209) 221, waar de reanimatieploeg tegenover de prelevatieploeg wordt geplaatst; A. DEMOOR, *o.c.*, *Jura Falc.* 1976-77, (69) 79-80; W. DREESSEN, "Orgaantransplantatie en mensenrechten", *Jura Falc.* 1984-85, (500) 520; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 133.

³⁸⁹⁵ J.-P. DOLL, *La discipline des greffes, des transplantations et des autres actes de disposition concernant le corps humain*, 1970, 213-214 en 227-228; J.E.M. AKVELD, *Transplantatie en wetgeving*, 1987, 47-48; W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 106 en 212; Memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, 22.358, nr. 3, 20-21; I. JANSEN, *o.c.*, *Ars Aequi* 1996, (625) 632; L. BRUNET, *o.c.* in F. BELLIVIER en C. NOIVILLE, *Nouvelles frontières de la santé, nouveaux rôles et responsabilités du médecin*, 2006, (137) 144.

³⁸⁹⁶ Art. 11 *iuncto* 17, § 3, lid 1 Orgaantransplantatiewet.

³⁸⁹⁷ Zie ook: C. LEMMENS, *o.c.* in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1513) 1527-1528; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, 2001, 48.

³⁸⁹⁸ Vgl. Nederland: art. 14, lid 1 WOD. Frankrijk: art. L1232-4 en R1232-3 Code de la santé publique. Algemeen: WMA Declaration of Sydney on the Determination of Death and the Recovery of Organs (D-1968-01-2006).

³⁸⁹⁹ Er moet worden aangenomen dat hiermee de artsen in de zin van art. 3 Wet Uitoefening Gezondheidszorgberoepen worden bedoeld. *Cf.* reeds *supra* Deel III, Hoofdstuk II, Afd. 1, § 2, B.1.

³⁹⁰⁰ Vgl. A.M. CAPRON en L.R. KASS, *o.c.*, *Pa. L. Rev.* 1972, (87) 103; *In re Bowman*, 617 P.2d 731 (Sup. C. Wash. 1980); W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 8; R.M. VEATCH, *o.c.*, *Hastings Center Report* 1993, (18) 22; H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 2005, 427; C. LEMMENS, *o.c.* in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1513) 1523.

³⁹⁰¹ Art. 13, 2° KB Donorcoördinatie: "het nemen van de nodige acties opdat het overlijden van de potentiële donor wordt vastgesteld".

een leek/niet-arts omtrent de omstandigheden van het overlijden gebruikt worden om mogelijke reversibele oorzaken van de bewusteloosheid van de potentiële donor uit te sluiten.³⁹⁰²

2. Het aantal artsen

831. Volgens het gemene recht volstaat het buiten een orgaandonatiecontext dat de dood wordt vastgesteld door één arts.³⁹⁰³ Met het oog op orgaanwegname voor transplantatie is daarentegen volgens artikel 11, lid 1 Orgaantransplantatiewet een doodsvaststelling door *drie* artsen vereist. Ook dit is logisch vanuit de nood om zekerheid over de dood te verkrijgen. Hoe meer expertise, hoe meer zekerheid. Het delen van de verantwoordelijkheid vormt zo een waarborg tegen latere betwisting.³⁹⁰⁴

832. Ten aanzien van het cardio-respiratoire criterium kan de nood aan drie artsen echter betwijfeld worden. Zoals gezegd, is dit criterium eenvoudiger toe te passen dan het neurologische criterium, zodat in theorie de doodsvaststelling door één arts zou volstaan.³⁹⁰⁵ Indien slechts één (of twee) artsen zouden vereist zijn, dan zal inderdaad gemakkelijker tot de doodsverklaring kunnen worden overgegaan, wat donatie zou faciliteren. In die zin bekritiseerden sommige Belgische artsen het vereiste van drie artsen bij *non-heart-beating* donoren omdat dit een remmende werking zou hebben op het donoraantal, vooral in kleinere ziekenhuizen.³⁹⁰⁶ Deze redenering werd blijkbaar ook gemaakt door de Franse wetgever, die twee artsen voor het neurologische criterium, maar slechts 1 arts voor het cardio-respiratoire criterium vereist.³⁹⁰⁷

De Belgische wetgever heeft deze gedachtegang duidelijk niet gevolgd. Artikel 11, lid 1 Orgaantransplantatiewet is immers van toepassing ongeacht of de doodsdiagnostiek op basis van het neurologische, dan wel het cardio-respiratoire criterium gebeurt.³⁹⁰⁸ Ook de Nationale Raad van de Orde van geneesheren lijkt voorlopig deze mening toegedaan, zoals blijkt uit zijn adviezen. De Nationale Raad maakt hierbij een onderscheid tussen wegneming *à chaud* en *à froid*.³⁹⁰⁹ Onder een wegneming *à chaud* verstaat de Raad in de eerste plaats een wegneming “bij een persoon wiens hart nog pompt en bij dewelke bloeddruk en weefselhaematose kunstmatig worden in stand gehouden”, m.a.w. bij een persoon die dood is verklaard op grond van neurologische criteria.³⁹¹⁰ Voor deze wegneming geldt het vereiste van doodsvaststelling door drie artsen zonder twijfel. Daarnaast kan er van een wegneming *à chaud* ook sprake zijn

³⁹⁰² Vgl. M. KUSANOVICH, o.c., *U.S.F. L. Rev.* 1970-71, (223) 244 en supra in verband met het anamnestic-neurologische onderzoek.

³⁹⁰³ C. LEMMENS, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1513) 1530.

³⁹⁰⁴ REPORT OF THE AD HOC COMMITTEE OF THE HARVARD MEDICAL SCHOOL, o.c., *JAMA* 1968, (337) 338 en 339. Vgl. ook: J. SAVATIER, o.c., *D. chron.* 1968, (89) 92; J. PY, o.c., *Gaz. Pal.* 1968, (84) 87; E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 22.

³⁹⁰⁵ Advies van de Nationale Raad van de Orde van Geneesheren van 18 juni 1994 betreffende orgaandonatie – vaststelling van het overlijden, www.ordomedic.be.

³⁹⁰⁶ Nationale Raad Orde der Geneesheren, “Orgaandonatie. Vaststelling van het overlijden”, *T. Orde Gen.* 1994, nr. 65, 30.

³⁹⁰⁷ Art. R1232-3, al. 2 en 3 Code de la santé publique.

³⁹⁰⁸ T. VANSWEEVELT, “Art. 11 Orgaantransplantatiewet” in H. CASMAN (ed.), *Personen- en familierecht: artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, 2007, currens, losbl., 3; C. LEMMENS, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1513) 1528. Schijnbaar contra: M. COOPMAN, o.c., *Jura Falc.* 2007-08, (383) 392; N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nr. 83.

³⁹⁰⁹ Zie ook: T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 135-136.

³⁹¹⁰ Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 20 juni 1992 betreffende de wegneming van weefsels bij lijken, www.ordomedic.be, bevestigd in Advies van de Nationale Raad van de Orde van Geneesheren van 15 juli 2006 betreffende “non-heart-beating” donoren, www.ordomedic.be.

bij een donor die dood is verklaard volgens het cardio-respiratoire criterium, m.a.w. bij een *non-heart-beating* donor. Ook dan acht de Raad dat de dood moet worden vastgesteld door drie artsen.³⁹¹¹ De Raad acht dit immers een kwestie van deontologische bezorgdheid en voorzichtigheid. Orgaanwegname wordt immers, aldus de Raad, door vele burgers met argwaan gadeslaan en één misstap kan het hele systeem in duigen doen vallen.³⁹¹² Voor de orgaan- of weefselwegname *à froid* is er volgens de Raad daarentegen geen reden om de dood door drie artsen te laten vaststellen: één arts volstaat.³⁹¹³ Onder een wegneming *à froid* verstaat de Raad de wegneming “*bij personen die overleden verklaard kunnen worden op grond van de cardio respiratoire criteria*”. Concreet bedoelt de Raad enkel *non-heart-beating* donoren van o.a. “*huid, bloedvaten, hartkleppen, ogen, gehoorsbeentjes e.d.*”, waarbij de wegneming in een mortuarium geschiedt.³⁹¹⁴ Hiermee wordt dus blijkbaar geenszins de wegneming van organen met het oog op transplantatie bedoeld. Op de keper beschouwd schept het onderscheid tussen wegneming *à chaud* en *à froid* meer verwarring dan duidelijkheid. Een onderscheid tussen wegneming van organen voor transplantatie (volgens art. 11 Orgaantransplantatiewet) en wegneming van menselijk lichaamsmateriaal voor andere doeleinden (volgens art. 12 Wet Menselijk Lichaamsmateriaal)³⁹¹⁵ zou juist zijn. Een helderder advies van de Nationale Raad is hier hoe dan ook wenselijk.

3. Specifieke deskundigheid

833. Artikel 11 Orgaantransplantatiewet stelt geen specifieke deskundigheidvoorwaarden ten aanzien van de artsen die de dood vaststellen.³⁹¹⁶ Dit wil echter nog niet zeggen dat de loutere hoedanigheid van arts steeds volstaat. Overeenkomstig de algemene zorgvuldigheidsnorm zal de arts die een (doods)diagnose stelt zonder de feitelijke bekwaamheid hiertoe te bezitten, een fout begaan. In die zin is dus impliciet wél vereist dat de artsen beschikken over de nodig deskundigheid om het neurologische of cardio-respiratoire criterium correct toe te passen.

Om te bepalen of de deskundigheid van de arts(en) strookt met de algemene zorgvuldigheidsnorm kan getoetst worden aan de hand van verschillende parameters. Een voor de hand liggende parameter is de *gespecialiseerde opleiding* van de arts. Zo is het volgens de Nationale Raad van de Orde van geneesheren deontologisch vereist dat de toepassing van het neurologisch criterium gebeurt door een neuroloog, een reanimator en een derde arts.³⁹¹⁷ Weliswaar bestaat hierover geen internationale eensgezindheid.³⁹¹⁸ Ten aanzien van het cardio-

³⁹¹¹ Nationale Raad Orde der Geneesheren, “Orgaandonatie. Vaststelling van het overlijden”, *T. Orde Gen.* 1994, nr. 65, 30; Advies van de Nationale Raad van de Orde van Geneesheren van 18 juni 1994 betreffende orgaandonatie – vaststelling van het overlijden, www.ordomedic.be.

³⁹¹² Advies van de Nationale Raad van de Orde van Geneesheren van 18 juni 1994 betreffende orgaandonatie – vaststelling van het overlijden, www.ordomedic.be.

³⁹¹³ Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 20 juni 1992 betreffende de wegneming van weefsels bij lijken, www.ordomedic.be, bevestigd in Advies van de Nationale Raad van de Orde van Geneesheren van 15 juli 2006 betreffende “non-heart-beating” donoren, www.ordomedic.be; Nationale Raad Orde der Geneesheren, “Orgaandonatie. Vaststelling van het overlijden”, *T. Orde Gen.* 1994, nr. 65, 30.

³⁹¹⁴ Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 20 juni 1992 betreffende de wegneming van weefsels bij lijken, www.ordomedic.be, bevestigd in Advies van de Nationale Raad van de Orde van Geneesheren van 15 juli 2006 betreffende “non-heart-beating” donoren, www.ordomedic.be.

³⁹¹⁵ Deze bepaling werd recenter aangepast in de zin van de adviezen van de Nationale Raad.

³⁹¹⁶ Zie ook: C. LEMMENS, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1513) 1524 en 1529.

³⁹¹⁷ Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 20 oktober 1984 betreffende het post-mortem afnemen van organen met het oog op transplantatie – Diagnostiek hersendood, <http://www.ordomedic.be>, bevestigd door Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 11 april 1987 betreffende orgaantransplantatie, <http://www.ordomedic.be>.

³⁹¹⁸ S. WAHLSTER *et al.*, o.c., *Neurology* 2015, (1870) 1872; D. LUSTBADER *et al.*, o.c., *Neurology* 2011, (119) 120 en 122. Vgl. Nederland: Memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, 22.358, nr. 3, 22 en Besluit hersendoodprotocol, waar o.a. een (kinder-)neuroloog, een neurochirurg, een KNO-arts, een anesthesioloog, een intensivist, een longarts of een (neuro-)radioloog

respiratoire criterium oordeelde de Nationale Raad daarentegen dat de artsen tot eenzelfde discipline mogen behoren.³⁹¹⁹ Welke discipline dit juist moet zijn, werd helaas niet gezegd. Gelet op de relatieve eenvoud van het cardio-respiratoire criterium lijkt dit eerder welke arts te kunnen zijn.³⁹²⁰ Een andere parameter is de *ervaring*. Zo wordt bv. in het Verenigd Koninkrijk vereist dat de arts die de dood vaststelt, minstens vijf jaar als arts geregistreerd is.³⁹²¹ Nog een mogelijke parameter is de *kennis* over de ziektegeschiedenis van de donor, wat vooral bij het anamnetische-neurologische onderzoek relevant is.³⁹²² Een verduidelijking van de vereiste deskundigheid in het eerder voorgestelde nationale protocol³⁹²³ voor doodsdagnostiek zou wenselijk zijn.

B. Onafhankelijkheid

834. De onafhankelijkheidskwestie betreft allereerst de vaststelling van de dood op zich (*infra* 1). In de gevallen waarin de doodsvaststelling en de daaropvolgende donatieprocedure voorafgegaan worden door een levenseindebeslissing (met name bij gecontroleerde *non-heart-beating* donoren) rijst bovendien nog een vraag omtrent de onafhankelijkheid van deze levenseindebeslissing ten aanzien van de beslissing tot orgaanwegname (*infra* 2). Beide onafhankelijkheidskwesties komen nu achtereenvolgens aan bod.

1. De vaststelling van de dood

835. Inzake de doodsvaststelling geldt er als het ware een dubbele onafhankelijkheidsvereiste. Enerzijds kan gesproken worden van de *externe* onafhankelijkheid. Dit is de onafhankelijkheid van de groep van drie vaststellende artsen ten aanzien van andere actoren in het orgaandonatie- en transplantatieproces (*infra* a). Anderzijds is er ook de *interne* onafhankelijkheid. Deze betreft de onafhankelijkheid van de drie vaststellende artsen ten aanzien van elkaar (*infra* b).

a. Externe onafhankelijkheid

836. Krachtens artikel 11, lid 1 Orgaantransplantatiewet moet de dood van de donor worden vastgesteld door andere artsen dan de artsen die de wegneming bij de donor zullen verrichten, dan wel de transplantatie bij de ontvanger zullen verrichten of in het algemeen de ontvanger behandelen.³⁹²⁴ De behandelende arts van de donor, die voorheen de donor los van de

worden vermeld. Zie alleszins ook *pro* een specialisatie voor neurologische doodsd diagnoses: J.-P. DOLL, *La discipline des greffes, des transplantations et des autres actes de disposition concernant le corps humain*, 1970, 215; J.E.M. AKVELD, “Juridische aspecten van orgaandonatie” in J.E.M. AKVELD et al. (eds.), *Orgaandonatie, een kwestie van bereidheid*, 1988, (15) 19. Schijnbaar *contra*: E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 122.

³⁹¹⁹ Advies van de Nationale Raad van de Orde van Geneesheren van 19 februari 1994 betreffende orgaandonatie – vaststelling van het overlijden, www.ordomedic.be. Zie ook: S. TACK, o.c., *Orpadt forum* 2006, jaargang 7, nr. 1, (20) 22.

³⁹²⁰ Vgl. L. BRUNET, o.c. in F. BELLIVIER en C. NOIVILLE, *Nouvelles frontières de la santé, nouveaux rôles et responsabilités du médecin*, 2006, (137) 143.

³⁹²¹ ACADEMY OF MEDICAL ROYAL COLLEGES, *A Code of Practice for the Diagnosis and Confirmation of Death*, 2008, www.bts.org.uk, 19.

³⁹²² W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 106-108 en 272, met verwijzing naar de behandelende arts van de donor.

³⁹²³ Zie *supra* § 1, B.1.e. en B.2.d. van deze Afdeling.

³⁹²⁴ Zie ook al: Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 20 oktober 1984 betreffende het post-mortem afnemen van organen met het oog op transplantatie – Diagnostiek hersendood, <http://www.ordomedic.be>, bevestigd door Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 11 april 1987 betreffende orgaantransplantatie, <http://www.ordomedic.be>.

wegnemingsprocedure behandelde, wordt hiermee niet uitgesloten.³⁹²⁵ Parallel hiermee mag ook het lokale donorcoördinatieteam, dat o.a. de doodsvaststellingsprocedure organiseert, niet rechtstreeks betrokken zijn bij de behandeling van de ontvanger of de orgaanwegname bij de donor.³⁹²⁶

De uitsluiting van bepaalde artsen via artikel 11, lid 1 Orgaantransplantatiewet betreft een onafhankelijkheidswaarborg, waarvan het belang internationaal wordt erkend.³⁹²⁷ Deze onafhankelijkheid is vereist om te verzekeren dat de zekerheid over de dood niet in het gedrang komt. Zonder die onafhankelijkheid dreigt het oordeel van de arts die de dood vaststelt, aangetast te worden door een belangenconflict.³⁹²⁸ Het risico bestaat dan immers dat hij voortijdig de donor dood verklaart om ten voordele van de ontvanger tot orgaanwegname of -transplantatie over te gaan.³⁹²⁹ Deze onzekerheid zou niet enkel de donor, maar ook het publieke vertrouwen in de transplantatiepraktijk (en dus de donatiebereidheid) ten nadele komen.³⁹³⁰

837. Artikel 11, lid 1 Orgaantransplantatiewet probeert de onafhankelijkheid te verzekeren door een verbod op cumul van de taak van de doodsvaststelling met de taak van het wegnemen van organen, het transplanteren ervan en/of behandelen van de ontvanger. Nochtans sluit deze onafhankelijkheidstechniek op zich niet ieder risico op een belangenconflict uit. De arts die de dood vaststelt en het cumulverbod van artikel 11, lid 1 naleeft, zou immers nog steeds beïnvloed kunnen worden door onrechtstreekse belangen.³⁹³¹ Dergelijke belangen kunnen met name voortvloeien uit feitelijke gezagsverhoudingen, institutionele baten of persoonlijke

³⁹²⁵ Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 14 december 1991 betreffende de wegneming van organen, www.ordomedic.be, waar wordt gesteld dat deze arts de twee andere artsen zou moeten oproepen; H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, Mechelen, Kluwer, 2005, 427; H. NYS, “Wettelijke regelingen van mogelijke belangenconflicten bij de uitoefening van de geneeskunde”, *D&T* 2013, (31) 46; C. LEMMENS, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1513) 1529. Zie ook: W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 106-108 en 272, die erop wijst dat de behandelende arts immers belangrijke informatie kan verstrekken over de doodsoorzaak.

³⁹²⁶ Art. 11 en 12 KB Donorcoördinatie.

³⁹²⁷ Zie o.a.: art. 16, lid 2 Transplantatieprotocol EVRM-Bio; guiding principle 2, WHO Guiding Principles on Human Cell, Tissue and Organ Transplantation (2010), <http://www.who.int>; WMA Declaration of Sydney on the Determination of Death and the Recovery of Organs (D-1968-01-2006); WMA Statement on Human Organ Donation and Transplantation (S-2000-01-2006); WMA Statement on Organ and Tissue Donation (S-2012-04-2012); art. L1232-4 Code de la santé publique (Frankrijk); art. 14, lid 1 en art. 16 WOD (Nederland); REPORT OF THE AD HOC COMMITTEE OF THE HARVARD MEDICAL SCHOOL, o.c., *JAMA* 1968, (337) 339 en sec. 14(i) UAGA 2006 (USA); J.P. MERRILL, o.c., *Ann. Internal Med.* 1971, vol. 75, (631) 632; ACADEMY OF MEDICAL ROYAL COLLEGES, *A Code of Practice for the Diagnosis and Confirmation of Death*, 2008, www.bts.org.uk, 19 (Verenigd Koninkrijk).

³⁹²⁸ Vgl. E.D. HIRSCH BALLIN, *Juridische aspecten van orgaantransplantaties*, Deventer, Kluwer, 1968, 17; J.M. GREEP, “Medisch-ethische aspecten bij transplantatie” in J.M. GREEP (ed.), *Orgaantransplantatie*, 1970, (352) 359; W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 191; B. DICKENS, o.c. in A. GRUBB (ed.), *Principles of medical law*, 2004 (2^{de} ed), (1025) 1030-1031; comment bij sec. 14(i) UAGA (2006); B.J. SPIELMAN, “Acquiring and allocating human organs for transplant” in A.S. ILTIS, S.H. JOHNSON en B.A. HINZE (eds.), *Legal perspectives in bioethics*, New York, Routledge, 2008, (143) 146.

³⁹²⁹ T. VANSWEEVELT, “Art. 11 Orgaantransplantatiewet” in *Comm. Pers.*, 2007, currens, losbl., 1; H. NYS, “Wettelijke regelingen van mogelijke belangenconflicten bij de uitoefening van de geneeskunde”, *D&T* 2013, (31) 46. Vgl. ook: H.A.H. BARONESSE VAN TILL-D’AULNIS DE BOUROUILL, o.c., *TvGR* 1984, (21) 22; M. KUSANOVICH, o.c., *U.S.F. L. Rev.* 1970-71, (223) 239 en 255; J.E.M. AKVELD, *Transplantatie en wetgeving*, 1987, 147; I. BOONE, o.c., *TPR* 1996, (91) 120; E.P. FOLEY, *The Law of Life and Death*, 2011, 112.

³⁹³⁰ Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 11 april 1987 betreffende orgaantransplantatie, <http://www.ordomedic.be>. Vgl. ook: S. PERRICK, “Schenking van organen. Enkele juridische aspecten”, *TvGR* 1979, (141) 146; W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 33, 106-108 en 272; Memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, 22.358, nr. 3, 20-21; A. ROGERS en D. DURAND DE BOUSINGEN, *Bioethics in Europe*, 1995, 169; Memorie van toelichting Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 96; T. GRUEL, *Le droit ébranlé par les manipulations du corps*, Villeneuve d’Ascq, Presses Universitaires de Septentrion, 2002, 518; comment bij sec. 14(i) UAGA (2006); J.F. CHILDRESS, “Organ Donation after Circulatory Determination of Death: Lessons and Unresolved Controversies”, *J.L. Med. & Ethics* 2008, (766) 769.

³⁹³¹ Schijnbaar ook: N. VAN GELDER, “Menselijk lichaamsmateriaal voor wetenschappelijk onderzoek” in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1263) 1285, die in art. 11, lid 1 enkel een verbod op rechtstreekse belangenvermenging leest.

waardeoordelen. Ze worden in wat volgt achtereenvolgens belicht met het oog op het vinden van betere onafhankelijkheidstechnieken.

Allereerst zou een arts die de dood vaststelt, beïnvloed kunnen worden door de belangen van de ontvanger omdat een arts uit het wegnemings- of transplantatieteam in feite gezag over hem uitoefent.³⁹³² Om dergelijke beïnvloeding te vermijden, zou naar het voorbeeld van de Franse wet vereist kunnen worden dat de artsen die de dood vaststellen, en de artsen die de wegneming of de transplantatie verrichten, tot afzonderlijke functies of diensten binnen het ziekenhuis moeten behoren.³⁹³³ Om dezelfde reden zou ook vereist kunnen worden dat de artsen van het wegnemings- of transplantatieteam niet in dezelfde ruimte aanwezig mogen zijn tijdens het stellen van de doodsdiagnose.

Verder zou de arts die de dood vaststelt, druk kunnen ervaren vanuit het belang van het (universitaire) ziekenhuis bij het uitvoeren van orgaantransplantaties. Een bloeiend transplantatieprogramma kan immers leiden tot prestige en aanzienlijke financiële baten (incl. onderzoeksfinanciëring).³⁹³⁴ Dergelijke beïnvloeding zou enigszins vermeden kunnen worden door te vereisen dat één van drie doodsvaststellende artsen geen deel mag uitmaken van de ziekenhuisstaf. Dit is nu al een deontologische regel volgens de Nationale Raad van de Orde van geneesheren.³⁹³⁵ Praktische bezwaren en het tijdverlies die hierdoor ontstaan, zijn ten eerste al niet zo realistisch in land met veel artsen en kleine afstanden, zoals België, en wegen bovendien niet op tegen de bijkomende onafhankelijkheidswaarborg.³⁹³⁶

Ten slotte zou de arts die de dood vaststelt, innerlijk van oordeel kunnen zijn dat het belang van een of meerdere ontvangers meer waard is dan het belang van de nog levende, potentiële donor.³⁹³⁷ Hier zal wellicht de dreiging van burgerrechtelijke, strafrechtelijke en tuchtrechtelijke aansprakelijkheid wegens het stellen van een onzorgvuldige doodsdiagnose de enigste oplossing zijn.³⁹³⁸ Opdat dit handhavingsmechanisme efficiënt zou zijn, is dan wel vereist dat de doodsdiagnose controleerbaar is, wat *infra* nog uitgebreider aan bod komt.

b. Interne onafhankelijkheid

838. Artikel 11 Orgaantransplantatiewet bepaalt niets uitdrukkelijk over de onderlinge verhouding tussen de drie artsen die de dood vaststellen. De wetsgeschiedenis bevat wel een aanwijzing. In het oorspronkelijke ontwerp van de Orgaantransplantatiewet stond namelijk dat de dood moest worden vastgesteld door een ‘college’ van drie artsen, wat zou neerkomen op een groepsbeslissing. Het vereiste van een college werd uiteindelijk geschrapt.³⁹³⁹ Hieruit kan worden afgeleid dat volgens artikel 11, lid 1 Orgaantransplantatiewet elk van de drie artsen

³⁹³² Vgl. W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 106-108 en 272, die stelt dat ook dergelijke feitelijke gezagsverhoudingen moeten vermeden worden.

³⁹³³ Vgl. art. L1232-4 Code de la santé publique. Zie ook: N. NEFUSSY-LEROY, *Organes humains*, 1999, 56.

³⁹³⁴ Vgl. E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 248; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 207-209; C.J. DOIG en D.A. ZYGUN, “(Uncontrolled) Donation after Cardiac Determination of Death: A Note of Caution”, *J.L. Med. & Ethics* 2008, (760) 761, 762 en 765; J.-M. PIRET, o.c. in A. DEN EXTER en M. BUIJSEN (eds.), *Rationing Health Care*, 2012, (87) 101.

³⁹³⁵ Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 11 april 1987 betreffende orgaantransplantatie, <http://www.ordomedic.be>.

³⁹³⁶ Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 11 april 1987 betreffende orgaantransplantatie, <http://www.ordomedic.be>; C. LEMMENS, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1513) 1529. Zie ook: D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 210, waar terecht wordt gesteld dat het voorzien van een rechterlijke onafhankelijkheidscontrole te rigide en belastend zou zijn.

³⁹³⁷ Vgl. E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 246-247; W. BAGINSKI, o.c., *Am. J.L. & Med.* 2009, (562) 569-570.

³⁹³⁸ Zie hierover in het algemeen *supra* Deel II, Hoofdstuk II.

³⁹³⁹ Zie ook: Verslag HANQUET, *Parl. St. Senaat* 1984-85, nr. 832/2, 23, waar werd gesteld dat dit idee wegens ‘praktische redenen’ werd verlaten.

persoonlijk en onafhankelijk van de andere twee moet oordelen dat de donor dood is.³⁹⁴⁰ Dit is een bijkomende waarborg voor de zekerheid van de dood. Zolang één van de artsen niet overtuigd is van de dood van de donor, is niet aan de voorwaarde van artikel 11, lid 1 Orgaantransplantatiewet voldaan en kan de orgaanwegname (nog) niet plaatsvinden. Wel kan even gewacht worden, waarna de patiënt opnieuw kan worden onderzocht en desgevallend wel dood kan worden verklaard.³⁹⁴¹

Ook de medische deontologie vereist dergelijke werkwijze. Zo heeft de Nationale Raad van de Orde van geneesheren immers gesteld dat elk van de drie artsen de patiënt moet onderzoeken en in absolute onafhankelijkheid en vrijheid moet beoordelen, wat een groepsbeslissing uitsluit. De artsen mogen wel enigszins overleggen, maar elke vorm van beïnvloeding of indirecte drukuitoefening onderling beschouwt de Raad als een ernstige deontologische fout.³⁹⁴²

2. De eventuele levenseindebeslissing

a. Nood aan onafhankelijkheid

839. De vaststelling van de dood moet onderscheiden worden van de eventuele voorafgaande beslissing tot levensbeëindiging. Dergelijke beslissing zal zich met name voordoen bij *non-heart-beating* donoren van categorie II en III (beslissing tot therapiestop), alsook categorie V (euthanasiebeslissing).³⁹⁴³ Ook hier bestaat er een risico op belangenconflicten. De beslissing tot beëindiging van het leven van de donor zou immers vertroebeld kunnen worden doordat ze louter en alleen genomen wordt met het oog op orgaanwegname en -transplantatie bij een derde-ontvanger.³⁹⁴⁴ Net zoals bij de vaststelling van de dood kunnen zo de bescherming van de donor, alsook het publieke vertrouwen³⁹⁴⁵ en de donatiebereidheid in het gedrang komen.

Grosso modo kan dit probleem op twee manieren benaderd worden. Bij de ene benaderingswijze wordt orgaanwegname waaraan een levenseindebeslissing voorafgaat, verboden. Zo bant bv. Frankrijk voorlopig *non-heart-beating* donoren van categorie III uit vrees voor belangenconflicten.³⁹⁴⁶ Het gevolg van de Franse oplossing is evenwel dat

³⁹⁴⁰ H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 2005, 427; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 133; C. LEMMENS, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1513) 1529-1530.

³⁹⁴¹ C. LEMMENS, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1513) 1530, die ook voorstelt om een andere arts op te roepen.

³⁹⁴² Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 20 oktober 1984 betreffende het post-mortem afnemen van organen met het oog op transplantatie – Diagnostiek hersendood, <http://www.ordomedic.be>, bevestigd door Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 11 april 1987 betreffende orgaantransplantatie, <http://www.ordomedic.be>. Zie ook: B. VAN HAELEWIJCK, o.c. in A. VAN ORSHOVEN en Y. EGBERT (eds.), *“Levenstestament” en andere voorafgaande wilsverklaringen*, 2003, (153) 155; D. DE KEGEL, S. DESMET en P. LORMANS, “Zorgzaam omgaan met orgaandonatie” in L. ANCKAERT en L. MARCELIS (eds.), *Medische zorg en ethiek*, Tiel, Lannoo Campus, 2011, (151) 154.

³⁹⁴³ Zie voor deze classificatie reeds *supra* § 1, B.2.b. van deze Afdeling.

³⁹⁴⁴ Vgl. E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 231; L. WOSTYN, *Het overmaken van medische gegevens na het overlijden van de patiënt*, 2011, 88; D. PRICE, “End-Of-Life Treatment of Potential Organ Donors: Paradigm Shifts in Intensive and Emergency Care”, *Med. L. Rev.* 2011, (86) 94 en 95-96; D. RODRÍGUEZ-ARIAS, “The social acceptability of implementing morally challenging strategies to increase donor rates” in G. RANDHAWA en S. SCHICKTANZ (eds.), *Public Engagement in Organ Donation and Transplantation*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2013, (70) 72.

³⁹⁴⁵ E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 219 en 247; R.J. DEVETTERE, *Practical decision making in health care ethics*, 2000, 188.

³⁹⁴⁶ Dit werd zo beslist door het *Agence de la biomédecine*, dat op basis van art. R1232-4-1 en art. R1232-4-2 Code de la santé publique hiertoe bevoegd is. Zie: AGENCE DE LA BIOMÉDECINE, “Bilan d’application de la loi de bioéthique du 6 août 2004”, <http://www.agence-biomedecine.fr>, 2008, deel 1, 9; L. BRUNET, o.c. in F. BELLIVIER en C. NOIVILLE, *Nouvelles frontières de la santé, nouveaux rôles et responsabilités du médecin*, 2006, (137) 138; M. LAMARCHE, “Critères de la mort et prélèvement d’organes”, *Droit de la famille* 2008, www.lexisnexis.com, (1) 2; N. JOUSSET *et al.*, “Prélèvement d’organes sur donneurs décédés après arrêt cardiaque”, *La Presse Médicale* 2009, (740) 741; Advies nr. 115 van 7 april 2011 van het Comité Consultatif National d’Éthique pour les sciences de la vie et de la santé, “Questions d’éthique relatives au prélèvement et au don d’organes à des fins de

transplanteerbare organen verloren gaan, wat zeer nadelig is voor de belangen van de ontvangers. Bij de andere benaderingswijze blijft de mogelijkheid tot orgaanwegname met voorafgaande levenseindebeslissing bestaan, maar wordt ze aangevuld met maatregelen die waarborgen dat de levenseindebeslissing onafhankelijk van de donatie- of wegnemingsbeslissing wordt genomen. Zo kunnen zowel de belangen van de donor, als de belangen van de ontvangers behartigd worden. Deze oplossing verdient daarom de meeste steun.³⁹⁴⁷ Zo achtte blijkbaar ook de Nationale Raad van de Orde van geneesheren een verbod op *non-heart-beating* donatie niet nodig, voor zover de belangen van de potentiële donor en zijn familie op de eerste plaats komen.³⁹⁴⁸ Welke concrete onafhankelijkheidswaarborgen nodig zijn, wordt hieronder nader onderzocht.

b. Concrete onafhankelijkheidswaarborgen

840. Om de onafhankelijkheid te waarborgen, kunnen de levenseindebeslissing en de donatiebeslissing via verschillende maatregelen van elkaar gescheiden worden. Hieronder komen aan bod: de scheiding in de tijd (*infra* 1), de scheiding door het initiatief (*infra* 2), de scheiding in de taken (*infra* 3) en de scheiding in de ruimte (*infra* 4).

1) *Scheiding in de tijd*

841. Een eerste onafhankelijkheidswaarborg bestaat erin de levenseindebeslissing en de donatiebeslissing van elkaar te scheiden in de tijd. Dit kan concreet door zowel de potentiële donor pas aan te melden bij het transplantatiecentrum, als de donatiemogelijkheid pas ter sprake te brengen bij de potentiële donor of zijn familie *nadat* een rechtsgeldige levenseindebeslissing tot stand is gekomen.³⁹⁴⁹

842. Voorlopig bestaat er in België geen expliciete wettelijke grondslag voor deze onafhankelijkheidswaarborg. Wel kan een mogelijke impliciete waarborg gezocht worden in het vereiste van een *vrijwillige* levenseindebeslissing. In geval van euthanasie (categorie V-donoren) bepaalt artikel 3, § 1, tweede streepje Euthanasiewet dat het euthanasieverzoek vrijwillig, overwogen en herhaald moet zijn en niet tot stand mag zijn gekomen door enige externe druk. Indien al vóór of tijdens het afronden van de verzoeksprocedure achter een

transplantation”, <http://www.ccne-ethique.fr>, 16; A. BAUMANN *et al.*, “Réanimation non thérapeutique en fin de vie pour préservation des organes en vue d’un don: problèmes éthiques et légaux”, *Presse Med.* 2012, (e530) e534.

³⁹⁴⁷ Zie o.a.: J.M. GREEP, *o.c.* in J.M. GREEP (ed.), *Organtransplantatie*, 1970, (352) 358 en 359-360; GEZONDHEIDSRaad, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 288; ORGAN DONATION TASKFORCE, “Organs for Transplants. A report from the Organ Donation Taskforce”, 2008, www.dh.gov.uk/publications, nr. 4.10.; D.P.T. PRICE, “Organ Donation as End-of-Life Care: Ante-Mortem Treatment of the Potential Organ Donor” in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J.V. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2011, (245) 247; WMA Statement on Organ and Tissue Donation (S-2012-04-2012); A.R. MANARA, P.G. MURPHY en G. O’CALLAGHAN, *o.c.*, *BJA* 2012, (i108) i112; J.-M. PIRET, *o.c.* in A. DEN EXTER en M. BUIJSSEN (eds.), *Rationing Health Care*, 2012, (87) 101; F. VERSCHUREN *et al.*, *o.c.* in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (68) 70, 74 en 89.

³⁹⁴⁸ Advies van de Nationale Raad van de Orde van Geneesheren van 15 juli 2006 betreffende “non-heart-beating” donoren, www.ordomedic.be. Zie ook: L. WOSTYN, *o.c.* in F. MOEYKENS (ed.), *De praktijkjurist XI*, 2006, (53) 63.

³⁹⁴⁹ E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 219; S. TACK, *o.c.*, *Orpadt forum* 2006, jaargang 7, nr. 1, (20) 21, 22 en 27; O. DETRY *et al.*, *o.c.*, *Transpl. Int.* 2010, (611) 612; D.P.T. PRICE, *o.c.* in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J.V. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2011, (245) 250; A.K. GLAZIER, “Systematic increases in organ donation: the United States experience” in A.-M. FARRELL, D. PRICE en M. QUIGLEY (eds.), *Organ shortage*, 2011, (195) 206; D. VAN RAEMDONCK *et al.*, *o.c.*, *App. Cardiopulm. Path.* 2011, (38) 45; D. WILKINSON en J. SAVULESCU, *o.c.*, *Bioethics* 2012, (32) 45 en 47; M.A. KUIPER en N.E. JANSEN, “Wetswijziging legitimeert de huidige donatiepraktijk”, *Ned. T. Gen.* 2013, (1) 2; P. EVRARD, *o.c.*, *Transpl. Proc.* 2014, (3138) 3141; F. VERSCHUREN *et al.*, *o.c.* in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (68) 71, 72 en 92; Opinion 2.157 – Organ Donation After Cardiac Death, AMA Code of Medical Ethics, <http://www.ama-assn.org>. Vgl. ook: A.R. MANARA, P.G. MURPHY en G. O’CALLAGHAN, *o.c.*, *BJA* 2012, (i108) i112.

donatiebeslissing wordt gepolst bij de euthanasiekandidaat dan zou er sprake kunnen zijn van externe druk.³⁹⁵⁰ Opdat de vrijwilligheid van de euthanasie onberispelijk zou zijn, kan de donatiebeslissing dus maar best worden uitgesteld.

In geval van therapiestop (categorie II- en categorie III-donoren) bepaalt artikel 8, § 1 Wet Patiëntenrechten dat de patiënt in principe het recht heeft om geïnformeerd en vrij toe te stemmen.³⁹⁵¹ Indien de beslissing tot therapiestop vermengd wordt met de donatiebeslissing dan bestaat het risico dat de arts, door een ijver om transplantatie te faciliteren, de patiënt onvoldoende informeert over de gevolgen van de behandelingsweigering (zie art. 8, § 2 Wet Patiëntenrechten). Ook zou de donor zelf een zekere morele dwang kunnen ervaren, wat zijn toestemming onvrij dreigt te maken. Op basis hiervan kan de donatiebeslissing maar best worden uitgesteld om een ongeldige toestemming te vermijden.

843. Weliswaar impliceert artikel 8 Wet Patiëntenrechten slechts een zeer beperkte onafhankelijkheidswaarborg. Bij donoren van categorie II en III gaat het immers vaak om patiënten in een medisch zinloze toestand, zodat de arts niet langer verplicht is om te behandelen. De arts zal als het ware dan zelf kunnen beslissen tot therapiestop.³⁹⁵² Voor donoren van categorie II en III moet dus een andere grondslag voor een scheiding van de levenseinde- en donatiebeslissing gezocht worden.

Enerzijds kan deze andere grondslag gezocht worden in het aansprakelijkheidsrecht. Indien de zorgverlener teveel met de belangen van potentiële ontvangers bezig is en daardoor foutief oordeelt dat de toestand van de potentiële donor medisch zinloos is, dan kan dit tot burgerrechtelijke, strafrechtelijke en tuchtrechtelijke aansprakelijkheid leiden. De zorgverlener doet er dus goed aan om zich nog niet met de donatieprocedure bezig te houden alvorens de medische zinloosheid zorgvuldig is beoordeeld.³⁹⁵³

Anderzijds kan nog een grondslag gezocht worden in artikel 13, 3° KB Donorcoördinatie. Deze bepaling beschouwt immers “*het aanmelden van de in het ziekenhuis overleden patiënten als potentiële donor aan een transplantatiecentrum*” (eigen onderlijning) als één van de taken van het lokale donorcoördinatieteam.³⁹⁵⁴ Op het eerste gezicht lijkt dit te betekenen dat enkel patiënten waarvan het overlijden reeds is vastgesteld, aangemeld mogen worden. Dit zou impliceren dat de levenseindebeslissing los van de donatiebeslissing tot stand kwam. Maar dergelijke interpretatie zou bij nader inzien onzinnig zijn. Indien immers pas na het overlijden met de donatieprocedure zou mogen worden gestart, dan zal de orgaanwegname in geval van *non-heart-beating* donoren wellicht nooit tijdig kunnen worden voorbereid binnen de korte tijd dat organen gepreserveerd kunnen worden na het uitvallen van de circulatie.³⁹⁵⁵ Dit zou nefast zijn voor het donoraanbod, wat niet de bedoeling van de

³⁹⁵⁰ In vergelijkbare zin wordt reeds van dergelijke externe druk gesproken indien artsen of ziekenhuizen al dan niet bewust druk uitoefenen op de patiënt uit economische overwegingen (bv. tekort aan ziekenhuisbedden): E. DELBEKE, *Juridische aspecten van zorgverlening aan het levenseinde*, 2012, 147.

³⁹⁵¹ Vgl. H. NYS en G. VAN BEEUMEN, o.c. in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (38) 46.

³⁹⁵² H. NYS en G. VAN BEEUMEN, o.c. in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (38) 46.

³⁹⁵³ Zie over deze zinloosheid onder andere: Advies nr. 63 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, <http://www.health.belgium.be>, 3-4.

³⁹⁵⁴ Zie reeds over de aanmeldingsplicht *supra* Deel III, Hoofdstuk II, Afd. 1, § 3, B.2.a. Indien het ziekenhuis waar de functie is gevestigd, zelf over een transplantatiecentrum beschikt, dan moet de potentiële donor bij dit transplantatiecentrum worden aangemeld (art. 14, lid 3 KB Donorcoördinatie).

³⁹⁵⁵ Vgl. ook: O. DETRY *et al.*, o.c., *Transpl. Int.* 2010, (611) 612 (aanwezigheid van wegnemingsteam tijdens therapiestop om ischemie kort te houden); D. DE KEGEL, S. DESMET en P. LORMANS, o.c. in L. ANCKAERT en L. MARCELIS (eds.), *Medische zorg en ethiek*, 2011, (151) 154 (register raadplegen); F. VERSCHUREN *et al.*, o.c. in D. MONBALIU, P. LORMANS en D.

regelgever kan zijn geweest. De aanmeldingsplicht heeft juist als doel om de donordetectie te verbeteren en dus het orgaanaanbod te waarborgen.³⁹⁵⁶ Het lijkt dus om een vergetelheid te gaan. In het belang van de rechtszekerheid, vooral in geval van donoren van categorie II en III, moet het woord ‘overleden’ dan ook uit artikel 13, 3° KB Donorcoördinatie geschrapt worden³⁹⁵⁷ en moet expliciet worden bepaald dat de aanmelding al vóór de vaststelling van het overlijden, maar pas na een eventuele levenseindebeslissing kan gebeuren

2) *Scheiding door het initiatief*

844. Een bijkomende onafhankelijkheidswaarborg kan erin bestaan het initiatief tot een donatiebeslissing over te laten aan de donor, zelfs nadat de levenseindebeslissing rechtsgeldig tot stand is gekomen. Het ziekenhuispersoneel zou dan m.a.w. nooit zelf de donatiemogelijkheid mogen suggereren. Dit lijkt met name bij orgaanwegneming na euthanasie de gewoonte te zijn.³⁹⁵⁸ Zoals hierboven, kan ook hier de link worden gelegd met het vereiste van een vrijwillig, overwogen en herhaald euthanasieverzoek zonder enige extern druk (art. 3, § 1, tweede streepje Euthanasiewet). Dat het initiatief van de patiënt zelf komt, kan een element zijn om de vrijwilligheid van het verzoek te staven.³⁹⁵⁹ Zonder twijfel draagt dit bij tot de onafhankelijkheid van de levenseindebeslissing.

Nochtans gebeurde het blijkbaar ook al dat de arts zelf de mogelijkheid tot orgaandonatie aan de euthanasiepatiënt voorstelde, nadat de beslissingsprocedure conform de Euthanasiewet was doorlopen.³⁹⁶⁰ Met dergelijke initiatieven moet zeer omzichtig worden omgesprongen, omdat het een schijn van belangenconflict kan wekken. Nochtans is een belangenconflict niet noodzakelijk aanwezig. Zo zou de arts een duidelijke indruk kunnen krijgen dat de patiënt ervoor openstaat om zijn geplande overlijden zin te geven. Het voorstellen van orgaandonatie zou dan als louter informatief beschouwd kunnen worden. Dit zou dan wel degelijk de autonomie van de patiënt zelf, dus niet louter het belang van de ontvanger, dienen en stroken met artikel 3, § 1, tweede streepje Euthanasiewet.³⁹⁶¹ Daarom gaat het wellicht te ver om steeds een initiatief vanwege het ziekenhuispersoneel te verbieden.

3) *Scheiding in de taken*

845. Vervolgens kan een onafhankelijkheidswaarborg geboden worden door een scheiding van de taken naar analogie met artikel 11, lid 1 Orgaantransplantatiewet. Zo kan meer bepaald vereist worden dat de zorgverleners die instaan voor de levensbeëindiging en de begeleiding

LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (68) 90 (o.a. logistieke planning); P. LORMANS *et al.*, o.c. in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (96) 97 en 98 (bespreking met transplantatiecentrum); ACOT Recommendation 15, www.organdonor.gov (beoordeling van geschiktheid als donor).

³⁹⁵⁶ Vgl. BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, *Organ donation in the 21st century: Time for a consolidated approach*, London, BMA, 2000, 24-25; S.T. GALLAGHER, “The Spanish Model’s Capacity to Save Lives by Increasing Organ Donation Rates”, *Temp. Int’l. & Comp. L.J.* 2004, (403) 422 e.v.; X., “Organ Donation and Transplantation” in S. SANBAR *et al.* (eds.), *Legal Medicine*, St. Louis, Mosby, 2004 (6^{de} ed.), (271) 275; J. PIRENNE *et al.*, o.c., *Acta Chir. Belg.* 2008, (15) 19; ORGAN DONATION TASKFORCE, “Organs for Transplants. A report from the Organ Donation Taskforce”, 2008, www.dh.gov.uk/publications, nrs. 4.28-4.33; BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, *Building on Progress: Where next for organ donation policy in the UK?*, 2012, www.bma.org.uk/ethics, 23.

³⁹⁵⁷ Vgl. Nederland: art. 18, lid 1 WOD en USA: 42 CFR § 482.45(a)(1) en 42 CFR § 485.643(a) en sec. 14(a) en (c) UAGA 2006.

³⁹⁵⁸ D. YSEBAERT *et al.*, o.c., *Transpl. Proc.* 2009, (585) 586; I. JOCHMANS *et al.*, o.c., *Transpl. Int.* 2012, (857) 864.

³⁹⁵⁹ O. DETRY *et al.*, o.c., *Transpl. Proc.* 2012, (1189) 1191; G. VAN DIJK *et al.*, o.c., *Ned. T. Gen.* 2013, (1) 3. Vgl. ook: E. DELBEKE, *Juridische aspecten van zorgverlening aan het levenseinde*, 2012, 146-147.

³⁹⁶⁰ “Drie patiënten stonden organen af na euthanasie”, *De Morgen* 2 april 2009, p. 6.

³⁹⁶¹ Vgl. G. VAN DIJK *et al.*, o.c., *Ned. T. Gen.* 2013, (1) 2 en 3.

daarbij, geen deel uitmaken van het wegnemings- of transplantatieteam.³⁹⁶² In de praktijk blijkt deze onafhankelijkswaarborg reeds te worden toegepast. Dit neemt echter niet weg dat een wettelijke verplichting hiertoe gerechtvaardigd kan zijn als duidelijk signaal ter versterking van het publieke vertrouwen. Het cumulverbod van artikel 11, lid 1 Orgaantransplantatiewet is voorlopig beperkt tot het vaststellen van de dood, zodat een nieuwe bepaling zou moeten worden ingevoerd.

Weliswaar zal dergelijk cumulverbod op zich nog niet ieder risico op belangenconflict uitsluiten.³⁹⁶³ Voor mogelijke oplossingen kan verwezen worden naar de bespreking van de onafhankelijkheid van de artsen die de dood vaststellen.³⁹⁶⁴

4) *Scheiding in de ruimte*

846. Ook een scheiding in de ruimte kan een onafhankelijkheidswaarborg uitmaken. Dit houdt meer bepaald in dat het wegnemingsteam zich niet in dezelfde kamer bevindt wanneer de levensbeëindiging plaatsvindt. Ook dit blijkt in de praktijk al het geval te zijn.³⁹⁶⁵ Hiervoor moet m.i. geen extra wetbepaling worden voorzien. Artikel 10, § 1, lid 2 Wet Patiëntenrechten geeft de patiënt³⁹⁶⁶ al een recht op respect voor zijn intimiteit en bepaalt uitdrukkelijk dat enkel de personen waarvan de aanwezigheid verantwoord is in het kader van de dienstverstrekking, aanwezig mogen zijn, behoudens akkoord van de patiënt (of zijn vertegenwoordiger krachtens art. 12 of 14 Wet Patiëntenrechten).

C. *Controleerbaarheid*

1. *Geschrift*

847. Krachtens artikel 11, lid 3 Orgaantransplantatiewet moeten de artsen die de dood vaststellen, een proces-verbaal van dit overlijden opmaken.³⁹⁶⁷ Indien deze artsen nalaten het proces-verbaal van overlijden op te stellen, dan kunnen ze bestraft worden met een gevangenisstraf van drie maanden tot één jaar en/of een geldboete van 1.000 euro tot 10.000

³⁹⁶² Vgl. J. MATTHIJS, o.c., *RW* 1971, (161) 221; S.A.M. MCLEAN, "Transplantation and the 'Nearly Dead': The Case of Elective Ventilation" in S.A.M. MCLEAN (ed.), *Contemporary Issues in Law, Medicine and Ethics*, Aldershot, Dartmouth, 1996, (143) 149; G. KOOTSTRA, o.c., *Transpl. Proc.* 1997, 3620; "Opgeknapt organen", *De Standaard* 24 mei 2006, p. 28; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 207-209; P. BORRY *et al.*, o.c., *J.L. Med. & Ethics* 2008, (752) 754; D. YSEBAERT *et al.*, o.c., *Transpl. Proc.* 2009, (585) 586; "Euthanasiepatiënten hebben 'meest geschikte' donorlongen", www.standaard.be, 15 juni 2011; J.-M. PIRET, o.c. in A. DEN EXTER en M. BUIJSEN (eds.), *Rationing Health Care*, 2012, (87) 101; G. VAN DIJK *et al.*, o.c., *Ned. T. Gen.* 2013, (1) 3; P. SCHOTSMANS *et al.*, "Ethiek en religie" in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (136) 136; Opinion 2.157 – Organ Donation After Cardiac Death, AMA Code of Medical Ethics, <http://www.ama-assn.org>.

³⁹⁶³ E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 246-429; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 207-209; C.J. DOIG en D.A. ZYGUN, o.c., *J.L. Med. & Ethics* 2008, (760) 761, 762 en 765; M.M. HARRINGTON, o.c., *Denv. U.L. Rev.* 2009, (335) 369; J.-M. PIRET, o.c. in A. DEN EXTER en M. BUIJSEN (eds.), *Rationing Health Care*, 2012, (87) 101

³⁹⁶⁴ Zie *supra* B.1. van deze paragraaf.

³⁹⁶⁵ O. DETRY *et al.*, o.c., *Transpl. Int.* 2008, 915; F. VERSCHUREN *et al.*, o.c. in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (68) 76-77 en 93. Zie ook: G. VAN DIJK *et al.*, o.c., *Ned. T. Gen.* 2013, (1) 2; P. SCHOTSMANS *et al.*, "Ethiek en religie" in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (136) 140.

³⁹⁶⁶ De Wet Patiëntenrechten is volgens zijn art. 2 inderdaad ook van toepassing wanneer het gaat om stervensbegeleiding.

³⁹⁶⁷ Zie reeds: Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 20 oktober 1984 betreffende het post-mortem afnemen van organen met het oog op transplantatie – Diagnostiek hersendood, <http://www.ordomedic.be>, bevestigd door Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 11 april 1987 betreffende orgaantransplantatie, <http://www.ordomedic.be>, waar werd gesteld dat elk van de drie artsen een formulier houdende verklaring van dood in irreversibel coma moest invullen.

euro.³⁹⁶⁸ Dit geschrift leidt ertoe dat de doodsvaststelling enigszins controleerbaar is. Het geschriftvereiste draagt zo bij tot het behoud van het noodzakelijke publieke vertrouwen.³⁹⁶⁹

Het proces-verbaal is voor alle duidelijkheid slechts één van de verschillende schriftelijke stukken die in geval van een overleden orgaandonor worden opgesteld. Zo moet dit proces verbaal worden onderscheiden van onder meer het patiëntendossier (art. 9 Wet Patiëntenrechten),³⁹⁷⁰ het verslag aan de procureur des Konings (art. 13, § 1 Orgaantransplantatiewet),³⁹⁷¹ het overlijdensattest (art. 77-78 BW)³⁹⁷² en de akte van overlijden in de registers van de burgerlijke stand (art. 78 e.v. BW).³⁹⁷³

848. Het geschriftvereiste van artikel 11, lid 3 Orgaantransplantatiewet mag niet zomaar worden beschouwd als een administratieve last voor de artsen die de dood vaststellen. Het proces-verbaal van overlijden zal namelijk ook van pas komen in hun eigen belang, evenals in dat van het wegnemingsteam. Dit heeft te maken met de bewijslast inzake het overlijden. In het Belgische recht kan een vermoeden van leven ten aanzien van natuurlijke personen worden aangenomen.³⁹⁷⁴ Dit betekent dat de bewijslast van de dood van de potentiële donor zal verschuiven naar de artsen.³⁹⁷⁵ Het schriftelijke proces-verbaal kan hierbij als bewijsstuk dienen.

Is het proces-verbaal het enige middel om de dood te bewijzen? Voor de artsen die de dood vaststellen, maakt deze vraag niet zoveel uit. Zij zullen volgens artikel 11, lid 3 *inuncto* 17, § 3, lid 1 Orgaantransplantatiewet hoe dan ook strafbaar zijn indien het proces-verbaal ontbreekt, ook al was de donor in feite dood. De vraag is daarentegen wel relevant voor de artsen die de organen wegnemen. Wanneer zij organen zouden wegnemen terwijl de donor nog leeft, schenden ze in principe de *dead donor rule*.³⁹⁷⁶ Ze hebben er dus alle belang bij om in afwezigheid van een proces-verbaal de vaststelling van de dood door drie onafhankelijke artsen ook via andere middelen te kunnen bewijzen. Welnu, overeenkomstig het gemene recht kan de dood worden gekwalificeerd als een feitelijk gegeven dat in principe kan worden bewezen met alle middelen van recht (art. 46 BW).³⁹⁷⁷ De tekst van artikel 11 Orgaantransplantatiewet wijkt niet van dit principe af. Deze bepaling stelt immers dat de dood slechts kan worden vastgesteld

³⁹⁶⁸ Art. 11, lid 3 *inuncto* art. 17, § 3, lid 1 Orgaantransplantatiewet.

³⁹⁶⁹ Zie nogmaals *supra* Afd. 1 van dit Hoofdstuk over het belang van dit vertrouwen. Dat het geschriftvereiste publieke belangen behartigt, wordt bevestigd doordat het gesanctioneerd wordt door middel van het strafrecht, dat van openbare orde is.

³⁹⁷⁰ Het patiëntendossier is met name relevant voor de anamnese bij de doodsdagnostiek, alsook voor informatie over de geldigheid van de levenseindebeslissing bij *non-heart-beating* donoren (J. JORIS *et al.*, *o.c.*, *Transpl. Proc.* 2011, (3441) 3442; F. VERSCHUREN *et al.*, *o.c.* in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (68) 76).

³⁹⁷¹ Zie uitgebreider hierover: *infra* Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, B.2. van dit Deel.

³⁹⁷² Zie uitgebreider: C. LEMMENS, *o.c.* in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1513) 1546-1548.

³⁹⁷³ Zie uitgebreider: C. LEMMENS, *o.c.* in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1513) 1543 e.v.

³⁹⁷⁴ Zie al *supra* § 1, A.1. van deze Afdeling.

³⁹⁷⁵ H.A.H. VAN TILL-D'AULNIS DE BOUROUILL, *o.c.*, *TPR* 1974, (495) 504 en 539.

³⁹⁷⁶ Zie over de *dead donor rule* reeds *supra* Deel IV, Hoofdstuk IV, Afd. 2, § 2, A.4.c.2).

³⁹⁷⁷ A. HEYVAERT, *Het personen- en familierecht ont(k)leed*, 2002, 31; K. VANWINCKELEN, "Openvallen van erfenissen – Commentaar bij art. 718 B.W." in *Comm. Erf.*, 2008, currens, nr. 12; M. PUELINCKX-COENE, *Erfrecht. Deel I*, 2011, 52. Vgl. ook: dissenting opinion van Judge Long in *Strachan v. John F. Kennedy Memorial Hospital*, 507 A.2d 718 [Super. Ct. NJ, 1986], die het vereisen van een doodscertificaat opdat de patiënt juridisch dood kan worden beschouwd, een 'onmenselijke triomf van vorm boven inhoud' acht; G. BAETEMAN, *Personen- en gezinsrecht*, 1992, 46, die stelt dat het bewijs van het overlijden enkel wordt 'vergemakkelijkt' door de overlijdensakte; P. SENAEEVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, 2001, 74-75, die het bewijs door andere middelen dan de overlijdensakte als een brede uitzondering omschrijft; J. SAVATIER, *o.c.*, *D. chron.* 1968, (89) 90. Schijnbaar *contra*: C. LEMMENS, *o.c.* in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1513) 1543.

door drie onafhankelijke artsen en dat *na* deze vaststelling³⁹⁷⁸ een proces-verbaal moet worden opgesteld. De wettekst bepaalt dus niet dat de dood slechts geacht wordt te zijn vastgesteld op voorwaarde dat dit proces-verbaal is opgesteld, ook al lijkt dit wel de bedoeling van de wetgever³⁹⁷⁹ te zijn geweest. Aangezien artikel 11, lid 3 Orgaantransplantatiewet strafrechtelijk wordt gesanctioneerd, moet het op basis van het legaliteitsbeginsel restrictief en dus veeleer volgens zijn letterlijke bewoordingen worden geïnterpreteerd.³⁹⁸⁰ Het proces-verbaal is met andere woorden niet noodzakelijk om de vaststelling van de dood door drie onafhankelijke artsen te bewijzen. Of nog anders gezegd: de orgaanwegneming wordt niet automatisch strafbaar doordat een wetsconform proces-verbaal van overlijden ontbreekt.

Zowel de rechtbank van eerste aanleg te Brussel, als het Brusselse hof van beroep hebben klaarblijkelijk de bovenstaande opvatting verkozen in een burgerrechtelijk geschil over een orgaanwegneming bij een dodelijk verkeersslachtoffer. In hun eis tot schadevergoeding argumenteerde de familie van het slachtoffer onder meer dat artikel 11 Orgaantransplantatiewet niet was nageleefd. Volgens de Brusselse rechters kon uit de elementen van het dossier worden afgeleid dat de orgaanwegneming het gevolg en niet de oorzaak van het overlijden was, ook al hadden de artsen niet het bewijs van een rechtsgeldig proces-verbaal voorgelegd.³⁹⁸¹ Weliswaar lijkt de motivering in deze zaak niet helemaal sluitend. Uit het dossier kon blijkbaar immers enkel het bestaan van de dood worden afgeleid, maar niet de tussenkomst door drie onafhankelijke artsen. In dat geval lijkt artikel 11, lid 1 Orgaantransplantatiewet toch op een ander punt te zijn geschonden, zodat de orgaanwegneming wél een burgerrechtelijke fout uitmaakt.

2. Inhoud

849. Volgens artikel 11, lid 3 Orgaantransplantatiewet moet het gaan om een gedagtekend en ondertekend proces-verbaal met vermelding van het uur van het overlijden en de wijze waarop het overlijden is vastgesteld. Inhoudelijk bestaat het proces-verbaal van overlijden dus minstens uit drie componenten, zoals hieronder verder zal worden toegelicht. Indien één ervan ontbreekt, dan zullen de artsen die de dood vaststellen, bestraft kunnen worden met dezelfde strafmaat als bij het ontbreken van het proces-verbaal in zijn geheel.³⁹⁸² Omwille van deze verregaande gevolgen voor de artsen en het belang van een goed controleerbare doodsvaststelling, is het m.i. wenselijk dat de regelgever een modelformulier voor het proces-verbaal van overlijden ter beschikking stelt, naar het voorbeeld van Frankrijk en Nederland.³⁹⁸³

850. De eerste component van het proces-verbaal betreft de *identiteitsgegevens*. Het moet gaan om een ‘ondertekend’ proces-verbaal. Gelet op het eerste lid van artikel 11 Orgaantransplantatiewet moet logischerwijze worden aangenomen dat ieder van de drie artsen

³⁹⁷⁸ Zie immers art. 11, lid 3 Orgaantransplantatiewet: “(...) *vermelden in een (...) proces-verbaal, het uur van het overlijden en de wijze waarop het is vastgesteld*. (...)” (eigen onderlijning), wat veronderstelt dat de dood vóór het opstellen van het geschrift kan worden geacht te zijn vastgesteld.

³⁹⁷⁹ Volgens de memorie van toelichting beoogt art. 17, § 3 immers onder meer de bestraffing van “*de wegneming wanneer de dood niet is vastgesteld overeenkomstig de regels van artikel 11*” (Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 1984-1985, nr. 832-1, 13).

³⁹⁸⁰ Zie over deze interpretatieregels *supra* Deel II, Hoofdstuk II, Afd. 1.

³⁹⁸¹ Rb. Brussel 15 maart 2002, *T. Gez.* 2003, 327; Brussel 29 november 2005, *JT* 2006, 198.

³⁹⁸² Art. 11, lid 3 *iuncto* art. 17, § 3, lid 1 Orgaantransplantatiewet.

³⁹⁸³ Frankrijk: art. R1232-3, al. 1 Code de la santé publique. Nederland: art. 14, lid 1 WOD.

het proces-verbaal moet ondertekenen.³⁹⁸⁴ Dit is strenger dan bij het gemeenrechtelijke overlijdensattest (art. 77-78 BW), dat slechts door één van deze artsen moet worden opgesteld.³⁹⁸⁵ De ondertekening van het proces-verbaal van overlijden impliceert dat de artsen naast een handtekening ook hun naam vermelden om hun identiteit kenbaar te maken.³⁹⁸⁶

Hoewel artikel 11, lid 3 het niet uitdrukkelijk bepaalt, moet logischerwijze ook de identiteit van de donor vermeld worden.³⁹⁸⁷ Anders zou het proces-verbaal immers niet aan een bepaalde donor kunnen worden gelinkt en van geen waarde zijn.

851. De tweede component is de *datering*. Enerzijds moet het proces-verbaal gedagtekend zijn (dag/maand/jaar). Anderzijds moet het ook het uur van overlijden (uur/minuten) bevatten. Aangezien de dood van een orgaandonor krachtens artikel 11, lid 1 Orgaantransplantatiewet slechts juridisch wordt aanvaard indien ze door *drie* artsen is vastgesteld, moet het tijdstip waarop de derde arts de dood erkent, als uur van het overlijden worden beschouwd.³⁹⁸⁸

Indien de donor volgens het neurologische criterium dood is verklaard, dan kan het uur van overlijden vóór het afkoppelen van de ventilator e.d. vallen.³⁹⁸⁹ Indien de donor daarentegen enkel volgens het cardio-respiratoire criterium dood is verklaard, dan zal het uur van overlijden pas na het stopzetten van de behandeling én na de *no-touch*-periode vallen.³⁹⁹⁰

852. De derde component is de *wijze waarop de dood werd vastgesteld*. Dit is helaas een vage formulering. Hoe precies moeten de vaststellende artsen de doodsdiagnostiek omschrijven? Aangezien het de bedoeling is om het bestaan van de dood bij een concrete potentiële donor te bewijzen, volstaat het niet om slechts te vermelden dat het neurologische, dan wel het cardio-respiratoire criterium werd toegepast. Een zinnvollere interpretatie is dat ook de concrete vaststellingen doorheen de verschillende stappen in het diagnoseonderzoek moeten worden weergegeven in de mate dat een controle op de juistheid van de doodsdiagnose mogelijk wordt.³⁹⁹¹ Zo meent de Nationale Raad van de Orde van geneesheren in het raam van de

³⁹⁸⁴ Vgl. Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 20 oktober 1984 betreffende het post-mortem afnemen van organen met het oog op transplantatie – Diagnostiek hersendood, <http://www.ordomedic.be>, bevestigd door Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 11 april 1987 betreffende orgaantransplantatie, <http://www.ordomedic.be>.

³⁹⁸⁵ Art. 78, lid 2 BW; C. LEMMENS, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1513) 1548.

³⁹⁸⁶ Vgl. Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 20 oktober 1984 betreffende het post-mortem afnemen van organen met het oog op transplantatie – Diagnostiek hersendood, <http://www.ordomedic.be>, bevestigd door Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 11 april 1987 betreffende orgaantransplantatie, <http://www.ordomedic.be>.

³⁹⁸⁷ Zie ook: Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 20 oktober 1984 betreffende het post-mortem afnemen van organen met het oog op transplantatie – Diagnostiek hersendood, <http://www.ordomedic.be>, bevestigd door Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 11 april 1987 betreffende orgaantransplantatie, <http://www.ordomedic.be>.

³⁹⁸⁸ Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 20 oktober 1984 betreffende het post-mortem afnemen van organen met het oog op transplantatie – Diagnostiek hersendood, bevestigd door Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 11 april 1987 betreffende orgaantransplantatie, <http://www.ordomedic.be>; K. JANSSEN VAN DOORN, o.c., *T. Gen.* 2006, nr. 20, (1434) 1435; D. DE KEGEL, S. DESMET en P. LORMANS, o.c. in L. ANCKAERT en L. MARCELIS (eds.), *Medische zorg en ethiek*, 2011, (151) 156; C. LEMMENS, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1513) 1526-1527 en 1548.

³⁹⁸⁹ Zie ook: REPORT OF THE AD HOC COMMITTEE OF THE HARVARD MEDICAL SCHOOL, o.c., *JAMA* 1968, (337) 338 en 339.

³⁹⁹⁰ GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 208 en 227-228; S. TACK, o.c., *Orpadt forum* 2006, jaargang 7, nr. 1, (20) 30-31. Schijnbaar contra: J. JORIS et al., o.c., *Transpl. Proc.* 2011, (3441) 3443.

³⁹⁹¹ Zie ook *pro* een veeleer nauwkeurige documentatie van de doods vaststelling: J.E.M. AKVELD, *Transplantatie en wetgeving*, 1987, 148; W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 204; art. R1232-3 Code de la santé publique ('*les résultats des constatations cliniques concordantes*').

hersendooddiagnostiek dat het formulier de oorzaak en de omstandigheden van de dood, alsook de anamnethische, klinische en technische gegevens uit het onderzoek moet bevatten.³⁹⁹²

Met name bij deze derde component van het proces-verbaal zou het bovenstaande voorstel tot een modelformulier nuttig zijn.³⁹⁹³ Zo zou duidelijk blijken welke gegevens inzake de diagnosemethode in het proces-verbaal vermeld moeten worden. Door het opstellen van het modelformulier te delegeren aan de Koning, de minister van Volksgezondheid³⁹⁹⁴ of een medisch-wetenschappelijke instantie³⁹⁹⁵ kan het formulier eenvoudig in overeenstemming met de stand van de medische wetenschap worden gehouden.

3. Bewaring

853. Het proces-verbaal van overlijden moet krachtens artikel 11, lid 3 Orgaantransplantatiewet worden bewaard samen met eventuele aangehechte stukken (bv. een elektroencefalogram, een echocardiogram, of de toelating van de procureur des Konings in de zin van art. 13, § 1 Orgaantransplantatiewet³⁹⁹⁶). Het proces-verbaal met stukken moet deontologisch gezien worden in het medisch dossier van de donor,³⁹⁹⁷ waarvan het dan integraal deel uitmaakt.³⁹⁹⁸

Helaas is de wetgever vergeten te verduidelijken wie het proces-verbaal moet bewaren. Dit was beter wel gebeurd, gelet op de strafrechtelijke sanctionering van een schending van de bewaarplicht.³⁹⁹⁹ Indien wordt aanvaard dat het originele exemplaar tot het patiëntendossier van de overleden donor behoort, dan valt de bewaring van het proces-verbaal logischerwijze onder de verantwoordelijkheid van degene die dit dossier bewaart.

Artikel 11, lid 3 Orgaantransplantatiewet bepaalt wel duidelijk hoe lang het proces-verbaal moet worden bewaard, namelijk 10 jaar. Schending van deze bewaartermijn is strafbaar alsof er nooit een proces-verbaal werd opgesteld.⁴⁰⁰⁰ Weliswaar moet het patiëntendossier waarvan dit proces-verbaal deel uitmaakt, minstens 30 jaar worden bewaard.⁴⁰⁰¹

³⁹⁹² Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 20 oktober 1984 betreffende het post-mortem afnemen van organen met het oog op transplantatie – Diagnostiek hersendood, bevestigd door Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 11 april 1987 betreffende orgaantransplantatie, <http://www.ordomedic.be>; <http://www.ordomedic.be>.

³⁹⁹³ Zie supra. Vgl. met name art. 14, lid 1 WOD, dat een model vereist voor 'de wijze waarop de hersendood is vastgesteld'.

³⁹⁹⁴ Vgl. art. R1232-3, al. 1 Code de la santé publique.

³⁹⁹⁵ Vgl. art. 14, lid 1 *in*cto art. 15, lid 1 WOD.

³⁹⁹⁶ Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 20 oktober 1984 betreffende het post-mortem afnemen van organen met het oog op transplantatie – Diagnostiek hersendood, bevestigd door Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 11 april 1987 betreffende orgaantransplantatie, <http://www.ordomedic.be>. Zie uitgebreider over deze toelating *infra* Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, B.2. van dit Deel.

³⁹⁹⁷ Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 19 februari 1994 betreffende orgaandonatie – vaststelling van het overlijden, www.ordomedic.be. Het medisch dossier in ziekenhuisverband maakt deel uit van het patiëntendossier (art. 20 Ziekenhuiswet). Zie ook: T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS, *Het patiëntendossier*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 8-9.

³⁹⁹⁸ T. VANSWEEVELT, "Art. 11 Orgaantransplantatiewet" in *Comm. Pers.*, 2007, currens, 3; C. LEMMENS, *o.c.* in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1513) 1530, die daarnaast ook stelt dat voldoende aantekeningen van de hersendoodonderzoeken in het patiëntendossier moeten worden gemaakt (p. 1525). Vgl. echter het Franse art. R1232-4 Code de la santé publique, waar eveneens iedere vaststellende arts en de directeur van het ziekenhuis een exemplaar bewaren.

³⁹⁹⁹ Art. 11, lid 3 *in*cto art. 17, § 3, lid 1 Orgaantransplantatiewet.

⁴⁰⁰⁰ Art. 11, lid 3 *in*cto art. 17, § 3, lid 1 Orgaantransplantatiewet.

⁴⁰⁰¹ Volgens de deontologie: Art. 46 Code van Geneeskundige Plichtenleer; zie ook het advies van de Nationale Raad Orde der Geneesheren, "Bewaring medische dossiers", *T. Orde Gen.* 1989, nr. 44, 19. Zie reeds: T. VANSWEEVELT, "Art. 11 Orgaantransplantatiewet" in H. CASMAN (ed.), *Personen- en familierecht: artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, 2007, currens, losbl., 3. C. LEMMENS, *o.c.* in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1513) 1530. Vgl. ook met Frankrijk, waar geldt dat ziekenhuizen alle documenten in verband met de orgaanwegname 30 jaar moeten bewaren (art. R1233-9 Code de la santé publique). Zie algemeen over de eigenaardige verscheidenheid aan bewaringstermijnen van medische dossiers in België: T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS, *Het patiëntendossier*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 150 e.v.

D. *Voorstel tot verbetering van de procedureregeling*

854. Zoals uit de voorgaande analyse blijkt, is de doodsvaststelling omkaderd met een procedureregeling die degelijke waarborgen biedt voor de zekerheid van de dood. Zo draagt deze procedureregeling in belangrijke mate bij tot de bescherming van de potentiële overleden donor en het behoud van het publieke vertrouwen, wat op haar beurt van belang is voor het orgaanaanbod. Niettemin kon worden vastgesteld dat elk van de drie procedurele pijlers inzake de doodsvaststelling vatbaar is voor verbetering.

Met betrekking tot de pijler ‘deskundigheid’ kan allereerst overwogen worden om de vaststelling van de dood op basis van het cardio-respiratoir diagnosecriterium reeds aan één in plaats van drie artsen over te laten.⁴⁰⁰² Dit is met name van belang voor het bevorderen van *non-heart-beating* donatie. Daarnaast zou ook een precisering van de vereiste deskundigheid voor de doodsvaststelling wenselijk zijn, maar ten behoeve van de flexibiliteit gebeurt dit best via een nationaal protocol of iets dergelijks in plaats van via wetgeving.⁴⁰⁰³

Met betrekking tot de pijler ‘onafhankelijkheid’ moet een duidelijk onderscheid worden gemaakt tussen de vaststelling van de dood of het ‘levenseinde’ enerzijds en het nemen van een ‘levenseindebeslissing’ anderzijds. Voor de vaststelling van de dood verdient het de aanbeveling om duidelijk te bepalen dat de vaststellende artsen tot een andere ziekenhuisdienst/-functie moeten behoren dan het transplantatiecentrum. Daarbij moet ook worden bepaald dat minstens één van de doodvaststellende artsen geen deel mag uitmaken van de vaste ziekenhuisstaf.⁴⁰⁰⁴ Voor de voorafgaande levenseindebeslissing moet artikel 13, 3° KB Donorcoördinatie worden gewijzigd opdat de aanmelding van de potentiële donor al vóór de vaststelling van het overlijden, maar pas na een eventuele levenseindebeslissing kan gebeuren.⁴⁰⁰⁵ Ook dit is met name van belang ter bevordering van *non-heart-beating* donoren. Voorts moet ook duidelijk worden bepaald dat de zorgverleners die instaan voor de levensbeëindiging en de begeleiding daarbij, niet behoren tot het wegnemings- of transplantatieteam.

Met betrekking tot de pijler ‘controleerbaarheid’ zou ten slotte een wettelijk modelformulier wenselijk zijn, vooral inzake de controleerbaarheid van de wijze waarop de dood werd vastgesteld.⁴⁰⁰⁶ Daarnaast kan de wetgever best ook duidelijk bepalen *wie* instaat voor de bewaring van dit geschrift.⁴⁰⁰⁷

⁴⁰⁰² Zie *supra* A.2. van deze paragraaf.

⁴⁰⁰³ Zie *supra* A.3. van deze paragraaf.

⁴⁰⁰⁴ Zie *supra* B.1. van deze paragraaf.

⁴⁰⁰⁵ Zie *supra* B.2.b.1) van deze paragraaf.

⁴⁰⁰⁶ Zie *supra* C.2. van deze paragraaf.

⁴⁰⁰⁷ Zie *supra* C.3. van deze paragraaf.

Hoofdstuk II. Grondslagen voor de toelaatbaarheid van orgaanwegneming na overlijden

Afdeling 1. Probleemstelling

855. Zoals al gezegd, bestaat de grote meerderheid van de donoren in België uit overleden donoren. Om een idee te krijgen: in 2012 vonden er in België 925 transplantaties met overleden donoren plaats tegenover 89 transplantaties met levende donoren.⁴⁰⁰⁸ De hoge vlucht die orgaanwegneming na overlijden heeft genomen, heeft deels te maken met het feit dat de Belgische wetgever niet dezelfde restrictieve houding als bij orgaanwegneming bij leven heeft aangenomen.⁴⁰⁰⁹

De reden voor de toleranter houding ten aanzien van orgaanwegneming na overlijden moet vooral gezocht worden in de fysiologische metamorfose van de donor. Vanaf de dood verandert het lichaam namelijk in een lijk.⁴⁰¹⁰ Orgaanwegneming zal dan niet langer een gevaar voor de gezondheid van de donor betekenen.⁴⁰¹¹ Er is immers geen gezondheidsbelang meer. De donor heeft de organen niet meer voor zichzelf nodig.⁴⁰¹² Zelfs zonder orgaanwegneming zou het lijk tot stof vergaan.⁴⁰¹³ In tegenstelling tot orgaanwegneming bij leven is de principiële geoorlooftheid van orgaanwegneming na overlijden dan ook nooit echt betwist.

856. De vraag rijst dan welke belangen er nog wel spelen en hoe deze zich juridisch vertalen in voorwaarden voor orgaanwegneming bij een lijk. Het antwoord op deze vraag wordt erg bemoeilijkt doordat het juridische statuut van het lijk in het Belgische recht gefragmenteerd⁴⁰¹⁴ is en vertroebeld wordt door uiteenlopende benaderingswijzen. De enige constante is dat er *een* bescherming wordt erkend.⁴⁰¹⁵

Als uitgangspunt voor de analyse van deze problematiek kan m.i. best vanuit twee belangenperspectieven gereflecteerd worden. Allereerst kan intuïtief worden gesteld dat de betrokkene zelf op een of andere manier belanghebbende is bij de behandeling van zijn lijk,

⁴⁰⁰⁸ Statistics report library, Transplants in Belgium, by year, by donor type, by organ combination, <http://www.eurotransplant.org>.

⁴⁰⁰⁹ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 832-1, 2 (waar wordt gesproken over het scheppen van een gunstig klimaat voor donatie na overlijden). Zie ook al *supra* Deel IV, Hoofdstuk II, Afd. 1.

⁴⁰¹⁰ R. DIERKENS, *Lichaam en lijk. Raakpunten van recht en geneeskunde*, Brugge, die Keure, 1962, 135; E. DIRIX, "Grondrechten en overeenkomsten" in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, (35) 72; J. PETIT, "Kunnen familieleden zich tegen een autopsie verzetten?", *VI. T. Gez.* 1983-84, (109) 109; G. BAETEMAN, *Personen- en gezinsrecht*, Deurne, Kluwer, 1992, 26 en 48; D. LYBAERT, "Het begrip 'menselijke persoon' in het Belgische strafrecht", *Panopticon* 1993, (390) 399; C. TROUET, *Van lichaam naar lichaamsmateriaal. Nader gebruik van cellen en weefsels*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 58; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Brussel, Larcier, 2005, 29; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 2014 (3^{de} editie), 52, met verwijzing naart art. 81 BW; T. VANSWEEVELT, "Het juridische statuut van het lijk" in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (1559) 1559.

⁴⁰¹¹ G. DWORKIN, "The law relating to organ transplantation in England", *Mod. L. Rev.* 1970, vol. 33, (351) 364; K. McK. NORRIE, "Human tissue transplants: legal liability in different jurisdictions", *Int. & Comp. L.Q.* 1985, (442) 460; M. STAUCH, K. WHEAT en J. TINGLE, *Text, Cases and Materials on Medical Law*, Abingdon, Routledge-Cavendish, 2006 (3^{de} ed.), 586; V. SEBAG, *Droit et bioéthique*, Brussel, Larcier, 2007, 155; F. BILGEL, *The law and economics of organ procurement*, Cambridge, Intersentia, 2011, 78; Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek betreffende bepaalde ethische aspecten van de wijzigingen door de wet van 25 februari 2007 aangebracht aan de wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, www.health.belgium.be, 64.

⁴⁰¹² R.A. TORRINGA, "Transplantatie van menselijke organen", *Ars Aequi* 1970, (1) 1.

⁴⁰¹³ Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220-9, 13.

⁴⁰¹⁴ T. VANSWEEVELT, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1559) 1560.

⁴⁰¹⁵ F. SWENNEN, "Er is leven na de dood. Persoonlijkheidsrechten na overlijden", *TPR* 2013, (1489) 1532. Zie ook al: J. VANDE MOORTELE, "Het wegnemen en transplanteren van organen volgens de Belgische wet", *VI. T. Gez.* 1988-89, (318) 323.

zodat zijn wensen enigszins een rol moeten spelen.⁴⁰¹⁶ Aldus zal hieronder eerst de draagwijdte van de zeggenschap van de donor onderzocht worden (afd. 2). Vervolgens lijken intuïtief ook de overlevende naasten van de betrokkene belanghebbenden te zijn bij de behandeling van het lijk. Aldus zal hieronder ook de juridische draagwijdte van de zeggenschap van de naasten van de donor onderzocht worden (afd. 3).

Afdeling 2. Zeggenschap van de donor

857. Eerst zal worden ingegaan op de juridische constructie van de zeggenschap van de donor bij wijze van een zelfbepalingsrecht (§1). Vervolgens wordt de draagwijdte van dit recht onderzocht (§2).

§ 1. HET ZELFBEPALINGSRECHT VAN DE DONOR

858. Een zelfbepalingsrecht van de donor met betrekking tot het eigen lijk kan op twee manieren worden geconstrueerd.⁴⁰¹⁷ Volgens de ene opvatting wordt dit recht toegekend aan het lijk zelf, dus na het overlijden (*infra* A). Volgens de andere opvatting wordt dit recht slechts toegekend aan de donor vóór zijn overlijden (*infra* B). Voor beide opvattingen zijn verschillende grondslagen denkbaar. Hieronder zal telkens worden onderzocht in hoeverre de ene of de andere opvatting steun vindt in de algemene mensenrechtelijke, persoonlijkheidsrechtelijke en eigendomsrechtelijke bescherming, alsook in de specifieke bescherming van de Orgaantransplantatiewet.

A. Zelfbepaling na overlijden

1. Algemene grondslagen

859. Elders werd vastgesteld dat het zelfbepalingsrecht van de *levende* donor met betrekking tot zijn fysieke integriteit onder meer in de mensenrechtelijke bescherming van het EVRM een grondslag vindt.⁴⁰¹⁸ Daarentegen wordt de mensenrechtelijke bescherming van de fysieke integriteit na overlijden steevast afgewezen in de rechtspraak van het EHRM. Zo oordeelde het Europese Hof in verband met het afsnijden van oren van lijken in de zaak *Akpınar v. Turkije* (2007) dat de *human quality* na het overlijden uitdooft, zodat het verbod op onmenselijke en vernederende behandeling uit artikel 3 EVRM niet van toepassing is op lijken.⁴⁰¹⁹ In het raam van dit onderzoek is verder het arrest *Petrova v. Letland* (2014) bijzonder relevant.⁴⁰²⁰ Deze zaak betrof namelijk de wegneming van organen (nl. nieren en milt) bij een overleden verkeersslachtoffer zonder zijn uitdrukkelijke toestemming. Zijn moeder, S. Petrova, stelde een vordering in op basis van een schending van artikelen 3 en 8 EVRM. Naar aanleiding hiervan trok het Europese Hof de visie van het arrest *Akpınar* door naar de orgaantransplantatiecontext.

⁴⁰¹⁶ Zie ook: D. SPERLING, *Posthumous Interests: Legal and Ethical Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 8 en 144; H. YOUNG, "The Right to Posthumous Bodily Integrity and Implications of Whose Right It Is", *Marq. Elder's Advisor* 2013, (197) 199-200 en 202 en 264-265.

⁴⁰¹⁷ Zie uitvoeriger: H. YOUNG, o.c., *Marq. Elder's Advisor* 2013, (197) 198-199 en 203-204; T. VANSWEEVELT, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1559) 1564-1565.

⁴⁰¹⁸ Zie *supra* Deel IV, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, C.

⁴⁰¹⁹ EHRM, *Akpınar and Altun v. Turkey*, 2007, <http://hudoc.echr.coe.int>. Zie echter de *partly dissenting opinion* van rechter FURA-SANDSTRÖM, die meende dat de plicht om de menselijke waardigheid te beschermen, zoals beoogd in art. 3 EVRM, niet mag eindigen na overlijden.

⁴⁰²⁰ EHRM, *Petrova v. Latvia*, 2014, <http://hudoc.echr.coe.int>. Zie ook: Memorie van toelichting Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 104, waar werd gesteld dat het lijk juridisch gezien geen persoon is.

Er werd immers geoordeeld dat een aanvraag voor het Hof in naam van een overledene niet ontvankelijk is, omdat het dan niet meer gaat om een ‘persoon’ zoals vereist door het procedurevoorschrift in artikel 34 EVRM. Dit werd wederom bevestigd in het arrest *Elberte v. Letland* (2015), dat eveneens een wegneming van lichaamsmateriaal (nl. dura mater) zonder uitdrukkelijke toestemming betrof.⁴⁰²¹ Bijgevolg moet de grondslag voor een zelfbepalingsrecht geënt op het lijk elders gezocht worden.

860. Ten aanzien van levende donoren kan een alternatieve grondslag voor een recht op fysieke zelfbepaling gevonden worden in de leer van de persoonlijkheidsrechten. De achterliggende gedachte hierbij is dat het lichaam met al haar bestanddelen (incl. organen) een essentieel attribuut van de persoon uitmaakt, wat dwingt tot de erkenning van een recht waarmee de persoon dit attribuut kan beschermen.⁴⁰²² Kan via deze gedachtegang nu ook aan het lijk een zelfbepalingsrecht ter bescherming van de fysieke integriteit *post mortem* worden toegekend? Zoals in de rechtspraak van het EHRM moet ontkennend worden geantwoord. Naar Belgisch recht wordt immers algemeen aanvaard dat *enkel* de persoon drager van persoonlijkheids- of andere rechten kan zijn én dat de persoon juridisch gezien verdwijnt met het intreden van de dood, dus vanaf het ontstaan van het lijk.⁴⁰²³ Bijgevolg kan het lijk zelf geen drager van persoonlijkheidsrechten zijn.⁴⁰²⁴ Als onderliggende verklaring kan m.i. gesteld worden dat een overledene zelf geen belangen (voor- of nadeel) meer heeft,⁴⁰²⁵ zodat het toekennen van (persoonlijkheids)rechten aan zijn lijk niet meer nodig is.⁴⁰²⁶ De leer van de persoonlijkheidsrechten biedt dus evenmin een bevredigende grondslag voor een zelfbepalingsrecht geënt op het lijk.

⁴⁰²¹ EHRM, *Elberte v. Latvia*, 2015, <http://hudoc.echr.coe.int>, met verwijzing naar het procedurevoorschrift uit art. 35 EVRM. Zie ook de *concurring opinion* van rechter WOJTYCZEK, die de toepassing van art. 8 EVRM uitsloot op basis van de ontoereikende draagwijdte van de noties privé- en gezinsleven in plaats van een procedurevoorschrift.

⁴⁰²² Cf. reeds *supra* Deel IV, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, C.1.

⁴⁰²³ Zie *supra* Hoofdstuk I, Afd. 2 van dit Deel.

⁴⁰²⁴ F. SWENNEN, *o.c.*, TPR 2013, (1489) 1494 en 1496; T. VANSWEEVELT, *o.c.* in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1559) 1565-1566, die er ook op wijst dat een overledene geen vermogen meer heeft, zodat de schuldvordering ten gevolge van een schending van een persoonlijkheidsrecht *post mortem* in feite zal neerkomen op een eigen recht van de nabestaanden; Rb. Brussel 12 maart 1996, JLMB 1996, 1015 (de zaak André Cools); Conclusie MESDACH DE TER KIELE bij Cass. 3 juli 1899, Pas. 1899, I, (318) 320 (*‘mors omnia iura solvit’*); S. CALLENS, *Goed geregeld? Het gebruik van medische gegevens voor onderzoek*, Antwerpen, Maklu, 1995, 61-62; N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, Antwerpen, Intersentia, 2015, nr. 63. Zie ook: X. LABBÉE, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, Lille, Presses universitaires de Lille, 1990, 170-171; H. YOUNG, *o.c.*, Marq. Elder’s Advisor 2013, (197) 204. *Contra*: J. PAUWELS, *Beginselen van personen- en familierecht. Deel 2*, Leuven, Acco, 1985, 123.

⁴⁰²⁵ Vgl. S.E. JOSSELYN, *Informed Consent as a Requirement for Post Mortem Organ Donation*, Saarbrücken, VDM Verlag Dr. Müller, 2008, 56-60; H. YOUNG, *o.c.*, Marq. Elder’s Advisor 2013, (197) 220 en 214-220. J.F. CHILDRESS, “Ethical Criteria for Procuring and Distributing Organs for Transplantation” in J.F. BLUMSTEIN en F.A. SLOAN (eds.), *Organ transplantation policy: issues and prospects*, Durham, Duke University Press, 1989, (87) 98-99; A. SPITAL, “Conscription of cadaveric organs for transplantation: Time to start talking about it”, *Kidney Int.* 2006, 607; A. SPITAL en J.S. TAYLOR, “Reconsidering the Consent Requirement for Organ Recovery After Death”, *Transplantation* 2008, 1632; J. HERRING, *Medical law and ethics*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 361-362 en 379-380; A.J. CRONIN, “Equitable Access to Organs” in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation: Ethical, Legal and Psychosocial Aspects. Towards a Common European Policy*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2008, (99) 108. *Contra* de (mijns inziens kunstmatige) opvatting dat een overledene weliswaar geen experiëntiële belangen (bv. pijn), maar nog wel zogenaamde kritische belangen (bv. reputatieschade) heeft: D. SPERLING, *Posthumous Interests*, 2010, 15-16, 20, 34-41, 45-46, 50 en 82-84; S. STERCKX, “Arguments démontrant le caractère non éthique de l’article 12 de la loi relative à l’obtention et à l’utilisation de matériel corporel”, JLMB 2013, (8) 11; H. YOUNG, *o.c.*, Marq. Elder’s Advisor 2013, (197) 200, 201, 203, 206, 215-216 en 221; W. GLANNON, “Do the sick have a right to cadaveric organs?”, *J. Med. Ethics* 2003, (153) 153-154.

⁴⁰²⁶ In dezelfde zin: E. GULDIX, *De persoonlijkheidsrechten, de persoonlijke levenssfeer en het priveleven in hun onderling verband*, proefschrift, VUB, 1986, nr. 575. Zie ook: F. SWENNEN, *o.c.*, TPR 2013, (1489) 1534-1535 en 1545, die wijst op de problemen van het laten voortbestaan van de persoonlijkheid na de dood, waaronder de vraag naar het belang ervan.

Om dezelfde reden moet logischerwijze ook het recht op eigendom over het lijk als grondslag voor een zelfbepalingsrecht van het lijk worden afgewezen.⁴⁰²⁷ Immers, als men al zou aanvaarden dat het lijk, in tegenstelling het levende lichaam,⁴⁰²⁸ het voorwerp van een eigendomsrecht kan zijn,⁴⁰²⁹ dan nog verdwijnt de mogelijkheid om titularis van dit recht te zijn zodra het lijk ontstaat.⁴⁰³⁰

2. Specifieke grondslag in de Orgaantransplantatiewet

861. De bovenstaande rechtspraak- en rechtsleeranalyse heeft uitgewezen dat er geen mensenrechtelijke, persoonlijkheidsrechtelijke of eigendomsrechtelijke grondslag voor een zelfbepalingsrecht van het lijk bestaat. Als laatste redmiddel kan worden afgevraagd of de Orgaantransplantatiewet misschien zelf een specifieke grondslag voor een recht van het lijk op zelfbepaling inzake orgaanwegneming biedt. In dit verband is het m.i. interessant om te kijken naar artikel 12, lid 1 van deze wet. Deze bepaling verplicht dat “(h)et wegnemen van de organen, en het sluiten van het lichaam moeten gebeuren met respect voor het lijk” (...).⁴⁰³¹ Deze ruime bewoordingen zijn voor interpretatie vatbaar. *Prima facie* luidt een mogelijke interpretatie dat het lijk respect toekomt omdat het over een eigen zelfbepalingsrecht beschikt. De manier waarop artikel 12 Orgaantransplantatiewet wordt gehandhaafd, zal uitsluitel moeten geven.

Allereerst valt op dat een strafrechtelijke handhavingsmogelijkheid ontbreekt. In tegenstelling tot de meeste andere bepalingen van de Orgaantransplantatiewet werd ten aanzien van artikel 12 in geen strafsancie voorzien.⁴⁰³² Er bestaan evenmin andere, algemenere strafbaarstellingen die hiervoor in de context van orgaanwegneming na overlijden kunnen dienen. Slechts na de opbaring van het lijk met het oog op de begrafenis - dus pas na de orgaanwegneming - zal een gebrek aan respect ten aanzien van het lijk via het misdrijf grafschennis (art. 453 Sw.) strafrechtelijk kunnen worden beteugeld.⁴⁰³³ Maar zelfs al zou de verplichting tot respect voor het lijk wél strafrechtelijk gesanctioneerd kunnen worden, dan nog zou dit niet noodzakelijk een zelfbepalingsrecht van het lijk impliceren. Immers: “*the fact that corpses are legally protected does not mean that corpses have legal rights any more than the fact that heritage buildings are legally protected means that those buildings have legal rights*”.⁴⁰³⁴

Dan rest er nog de handhaving van artikel 12 Orgaantransplantatiewet via de algemene burgerrechtelijke aansprakelijkheid. Ook deze vormt echter geen argument voor een eigen zelfbepalingsrecht van het lijk. Burgerrechtelijke aansprakelijkheid leidt immers tot een recht (op schadevergoeding) waarvan enkel een persoon, niet een lijk, titularis kan zijn.

⁴⁰²⁷ Zie ook: J. PETIT, o.c., *Vl. T. Gez.* 1983-84, (109) 111; D. PRICE, “From Cosmos and Damian to Van Velzen: The Human Tissue Sage Continues”, *Med. L. Rev.* 2003, (1) 33.

⁴⁰²⁸ Eigendomsrechten op het lichaam van een levende werden reeds afgewezen *supra* in Deel III, Hoofdstuk I, Afd. 1, § 2, B.1.

⁴⁰²⁹ Zie uitgebreider over deze discussie *infra* B.1. van deze paragraaf.

⁴⁰³⁰ Vgl. J. SIJMONS, “Beschikken over organen na overlijden: organen als collectieve nalatenschap?”, *NTBR* 2013, (259) 265.

⁴⁰³¹ De term ‘lichaam’ wordt normaal voorbehouden om het levende lichaam aan te duiden. Nochtans volgt uit zowel de plaatsting van art. 12 in hoofdstuk III van de Orgaantransplantatiewet (‘wegneming na overlijden’), als het gebruik van de term ‘lijk’ dat deze bepaling enkel na de dood speelt.

⁴⁰³² Zie kritiek hierop in: *Hand. Kamer* 1985-86, 3 juni 1986, 1220.

⁴⁰³³ Zie hierover met name: Cass. 2 november 1868, *Pas.* 1869, I, 7-18, concl. FAIDER; Cass. 5 oktober 1999, *RW* 2000-01, 14; P. ARNOU, “Graf- en kerkhofschennis” in A. VANDEPLAS *et al.* (eds.), *Comm. Straf.*, 2001-02, currens, nrs. 6 en 9-10; T. VANSWEEVELT, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1559) 1560-1562.

⁴⁰³⁴ H. YOUNG, o.c., *Marq. Elder’s Advisor* 2013, (197) 206 en 233. Zie dezelfde vergelijking in X. LABBÉE, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, 1990, 170. Zie daarnaast ook: D. SPERLING, *Posthumous Interests*, 2010, 49; F. SWENNEN, o.c., *TPR* 2013, (1489) 1528 e.v.

B. Zelfbepaling vóór overlijden

1. Algemene grondslagen

862. Er kunnen verschillende grondslagen gevonden worden voor een zelfbepalingsrecht van het levende individu *ten aanzien van zijn toekomstige lijk*. Allereerst kan dergelijk recht op mensenrechtelijk niveau gelezen worden in artikel 8 EVRM, dat het recht op privéleven waarborgt. Aangezien de drager van dit zelfbepalingsrecht per hypothese nog een persoon is bij de uitoefening ervan, vormt de bovenvermelde rechtspraak in de zaken *Akpınar*, *Petrova* en *Elberte* geen bezwaar meer. Bovendien heeft het EHRM het begrip ‘privéleven’ steeds ruim geïnterpreteerd. Het omvat niet enkel de fysieke, maar ook de psychische of morele integriteit van de persoon.⁴⁰³⁵ Miskennis van de wil van het levende individu met betrekking tot de manier waarop zijn lijk behandeld zal worden, kan m.i. als een inmenging in deze psychische of morele integriteit worden beschouwd. Zo erkende ook de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens al in *X. v. Duitsland* (1981) dat het recht van de persoon ‘om te kiezen waar en hoe hij begraven wordt’ binnen de toepassingsfeer van artikel 8 EVRM valt aangezien dergelijke wens een uitdrukking van de persoonlijkheid kan zijn.⁴⁰³⁶ Deze redenering gaat m.i. evengoed op voor andere vormen van lijkbestemming, zoals orgaanwegname na overlijden.⁴⁰³⁷ In die zin stelde ook de Raad van State uitdrukkelijk dat de regels van de Orgaantransplantatiewet over orgaanwegname na overlijden het zelfbeschikkingsrecht van de persoon beperken en dus getoetst moeten worden aan artikel 8 EVRM.⁴⁰³⁸ Het principe dat orgaanwegname na overlijden moet gebeuren met respect voor de wensen van het individu werd eveneens bevestigd in artikel 17 Transplantatieprotocol EVRM-Bio.⁴⁰³⁹ Het valt te verwachten dat het Europese Hof artikel 8 EVRM in het licht van dit protocol zal interpreteren.⁴⁰⁴⁰ De overheid moet bijgevolg het zelfbepalingsrecht ten aanzien van het lijk respecteren en waarborgen.⁴⁰⁴¹ Volgens sommigen zou hier ook artikel 9 EVRM (recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst) relevant zijn,⁴⁰⁴² hoewel dit m.i. eerder kunstmatig zou zijn.⁴⁰⁴³

⁴⁰³⁵ Cf. *supra* Deel IV, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, C.1.

⁴⁰³⁶ ECRM, *X. v. Germany*, 1981, nr. 8741/79, <http://hudoc.echr.coe.int>.

⁴⁰³⁷ Zie ook: W. DREESSEN, “Orgaantransplantatie en mensenrechten”, *Jura Falc.* 1984-85, (500) 516; A.-M. BRIELS, “Vragen op het terrein van de orgaantransplantaties” in L. APOSTEL, P. DEVROEY en H. CAMMAER (eds.), *Beschikken over lijf en leven. Ethische vragen rond vrijheid en geborgenheid*, Leuven, Acco, 1987, (27) 30; I. BOONE, “Het wegnemen en transplanteren van organen volgens het Belgische recht”, *TPR* 1996, (91) 116; C. TROUET, *Van lichaam naar lichaamsmateriaal*, 2003, 380-381; H. NYS, “Twintig jaar Wet Orgaanwegname”, *Acta Hospitalia* 2005, (77) 77; N. VAN GELDER, “Post-Mortem Donation – Presumed Consent for Research Purposes? A comparative study”, *CD of proceedings of the 18th World Congress on Medical Law 2010*, 2; J.R. HERRMANN, “Use of the Dead Body in Healthcare and Medical Training: Mapping and Balancing the Legal Rights and Values”, *EJHL* 2011, (277) 279 en 281; A.A.P. GARWOOD-GOWERS en S. OLSENA, “Respect for the Individual: A Human Right in post-mortem use of the Body for Transplantation” in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J.V. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation: Ethical, Legal and Psychosocial Aspects. Expanding the European Platform*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2011, (148) 152; A. GARWOOD-GOWERS, “Time to Address the Problem of Post-Mortem Procurement of Organs for Transplantation Occurring without Proper Pre-mortem Consent”, *EJHL* 2013, (383) 401-402.

⁴⁰³⁸ Advies van de Raad van State, *Parl. St. Kamer* 2005-06, nr. 51-2680/1, 15. Vgl. Trib. Féd. Zwitserland 16 april 1997, *RUDH* 1997, 286.

⁴⁰³⁹ Memorie van toelichting Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 99. Zie ook: art. 10, lid 1 resolutie(78)29; Third Conference of European Health Ministers on Organ Transplantation, Parijs 16-17 November 1987, *VI. T. Gez.* 1987-88, (284) 286; WMA Statement on Human Organ Donation and Transplantation (S-2000-01-2006); WMA Council Resolution on Organ Donation in China (CR-2006-02-2006).

⁴⁰⁴⁰ Zie *supra* over de onrechtstreekse doorwerking van het EVRM-Bio en haar aanvullende protocollen.

⁴⁰⁴¹ Zie reeds *supra* over de gevolgen van het EVRM ten aanzien van de overheid.

⁴⁰⁴² W. DREESSEN, *o.c.*, *Jura Falc.* 1984-85, (500) 517.

⁴⁰⁴³ Vgl. reeds *supra* Deel IV, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, C.1., alsook: ECRM, *X. v. Germany*, 1981, nr. 8741/79, <http://hudoc.echr.coe.int>.

863. Het zelfbepalingsrecht ten aanzien van het lijk geniet in België eveneens erkenning als persoonlijkheidsrecht. Al op 3 juli 1899 oordeelde het Hof van Cassatie in de principezaak *Libert* dat “*l’homme, maître de sa personne pendant sa vie, dispose librement de sa dépouille pour l’époque où il ne sera plus (...); Que cette faculté (...) découle de la personnalité et de la liberté humaine*”.⁴⁰⁴⁴ Hoewel deze zaak een begrafenisgeschied betrof, zijn de bewoordingen van het Hof ruim genoeg om ook van toepassing te zijn op andere vormen van lijkbestemming zoals orgaanwegname. Dit persoonlijkheidsrecht op lijkbestemming wordt algemeen aanvaard in de rechtspraak⁴⁰⁴⁵ en de rechtsleer⁴⁰⁴⁶. De beslissingsbevoegdheid omtrent het eigen lijk is m.a.w. te beschouwen als één van de essentiële morele of psychische attributen van de persoon.⁴⁰⁴⁷

Weliswaar behoeft de onderliggende grondslag van dit persoonlijkheidsrecht toch iets meer toelichting dan doorgaans wordt gegeven. In het uitvoerig gemotiveerde *Libert*-arrest stelde het Hof van Cassatie dat de mogelijkheid tot lijkbestemming “*a été de tout temps et universellement admise comme de droit naturel; Que le droit (...) constitue, en tant que manifestation de la liberté individuelle et de la liberté de conscience, non pas un simple intérêt moral, (...), mais un véritable droit susceptible d’être poursuivi en justice*”.⁴⁰⁴⁸ Hierbij moet m.i. een onderscheid worden gemaakt tussen de uitoefening van dit zelfbepalingsrecht bij leven enerzijds en de handhaving ervan na overlijden anderzijds.

Tijdens het leven kan de *uitoefening* van een beslissingsvrijheid inzake de lijkbestemming zonder twijfel bijdragen tot de persoonlijke ontwikkeling van het individu, wat een moreel belang/voordeel uitmaakt.⁴⁰⁴⁹ Aldus is de erkenning van dit belang in de vorm van een zelfbepalingsrecht gerechtvaardigd.

⁴⁰⁴⁴ Cass. 3 juli 1899, *Pas.* 1899, I, 318, concl. MESDACH DE TER KIELE. Zie daarvoor al in Frankrijk: Cass. fr. 31 maart 1886, *D.* 1886, I, 451, noot, waar werd gesteld dat de wil van de overledene in verband met de plaats en wijze van begrafenis ten aanzien van de erfgename een ‘*obligation légale*’ inhoudt.

⁴⁰⁴⁵ Zie over lijkbezorging o.a.: Rb. Luik 17 oktober 1989, *JLMB* 1989, 1382; Rb. Luik 13 december 1991, *JLMB* 1992, 959; Rb. Namen (KG) 10 september 2003, *JT* 2003, 888. Zie over wegneming van lichaamsmateriaal: Rb. Charleroi 2 april 1993, *RGAR* 1994, 12.315, waar werd gesteld dat artsen de wil van de overledene horen te respecteren.

⁴⁰⁴⁶ R. DIERKENS, *Lichaam en lijk*, 1962, 17 en 139-140; J.M.M. MAEIJER, “Transplantatie van organen en het privaatrecht”, *TPR* 1969, (153) 158; G. BRICMONT, “Les problèmes juridiques posés par les prélèvements d’organes sur le cadavre de l’homme”, *JT* 1971, (145) 146; J. MATTHIJS, “Bedenkingen ten behoeve van een transplantatiewet”, *RW* 1971-72, (209) 217 en 225-226; A. DEMOOR, “Transplantatie van Organen Of: Zal het recht dwingen tot naastenliefde”, *Jura Falc.* 1976-77, (69) 75; A. TERFVE, “Le corps humain et les actes juridiques en droit belge” in *Le corps humain et le droit. Travaux de l’Association Henri Capitant*, t. XXVI, Dalloz, 1977, (191) 195; E. DIRIX, o.c. in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, 1982, (35) 72; J. PETIT, o.c., *VI. T. Gez.* 1983-84, (109) 109-110; Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 1984-1985, nr. 832-1, 2 en 3 en Juridische nota, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220-9, 54-55; J. PAUWELS, *Beginselen van personen- en familierecht. Deel 2*, 1985, 123; E. GULDIX, *De persoonlijkheidsrechten, de persoonlijke levenssfeer en het priveleven in hun onderling verband*, 1986, nrs. 662-663; H. DE PAGE en J.-P. MASSON, *Traité. Les personnes II. Vol. 1*, Brussel, Bruylant, 1990, nr. 40; G. BAETEMAN, *Personen- en gezinsrecht*, 1992, nr. 77; J. VELAERS, “Het menselijk lichaam en de grondrechten” in CENTRUM GRONDSLAGEN VAN HET RECHT (ed.), *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen, Maklu, 1996, (117) 204; I. BOONE, o.c., *TPR* 1996, (91) 104; A. HEYVAERT, *Het personen- en familierecht ont(k)leed*, Gent, Mys & Breesch, 2002, 85; C. TROUET, *Van lichaam naar lichaamsmateriaal*, 2003, 61; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Larcier, Brussel, 2005, nr. 21 en 126; P. DELNOY, “Les droits de la personnalité au décès” in J.-L. RENCHON (ed.), *Les droits de la personnalité*, Brussel, Bruylant, 2009, (281) 283 en 284; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 2014 (3^{de} editie), 53; T. VANSWEEVELT, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1559) 1578 e.v.; N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nr. 63.

⁴⁰⁴⁷ Cf. de omschrijving van persoonlijkheidsrechten *supra* in Deel IV, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, C.1.

⁴⁰⁴⁸ Cass. 3 juli 1899, *Pas.* 1899, I, 318, concl. MESDACH DE TER KIELE.

⁴⁰⁴⁹ J. PETIT, o.c., *VI. T. Gez.* 1983-84, (109) 109-110; H. YOUNG, o.c., *Marq. Elder’s Advisor* 2013, (197) 211-213. Vgl. ook: R. DIERKENS, *Lichaam en lijk*, 1962, 140; J. DE BRUYNE, “Een verwantenvoorrecht: het regelen van de wijze en de plaats van de begrafenis indien de overledene desbetreffend niets bepaald heeft”, *RW* 1960-61, (823) 823-824; NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS, *Human bodies: donation for medicine and research*, London, Nuffield Council on Bioethics, 2011, 149; P. CHOUHAN en H. DRAPER, “Modified mandated choice for organ procurement”, *J. Med. Ethics* 2003, (157) 159 en 160; S.E. JOSSELYN, *Informed Consent as a Requirement for Post Mortem Organ Donation*, 2008, 62. Zie ook al het vorige randnummer.

Na het overlijden, m.a.w. wanneer het zelfbepalingsrecht uitwerking krijgt,⁴⁰⁵⁰ is deze rechtvaardiging niet meer evident. Zoals *supra* al gesteld, kan de mens na de dood niet langer drager van persoonlijkheidsrechten zijn. Een overledene heeft m.i. immers geen belangen meer. Deze kan gebaat noch geschaad worden door het al dan niet respecteren van zijn zelfbepaling.⁴⁰⁵¹ Bovendien wordt aanvaard dat een overledene wegens gebrek aan rechtspersoonlijkheid niet langer partijbekwaam is.⁴⁰⁵² Hij kan zich na het overlijden dus niet meer in rechte beroepen op de uitoefening van zijn zelfbepalingsrecht voorheen tijdens zijn leven, ook niet via vertegenwoordiging.⁴⁰⁵³ Bijgevolg moet de *handhaving* of afdwingbaarheid van het zelfbepalingsrecht na overlijden los van de betrokken persoon worden uitgelegd. Het belang dat m.i. deze afdwingbaarheid rechtvaardigt, is het belang van onze individualistische samenleving bij het respecteren van de persoonlijke autonomie.⁴⁰⁵⁴ Indien persoonlijke keuzes omtrent de lijkbestemming na overlijden van het individu systematisch zouden worden miskend, dan zou dit een negatieve invloed kunnen hebben op de andere, nog levende individuen binnen dezelfde samenleving. Zij zouden hun persoonlijkheid niet meer via een keuze inzake lijkbestemming kunnen ontplooiën wegens het besef dat deze keuze toch niet zal worden geëerbiedigd.⁴⁰⁵⁵ De afdwingbaarheid van individuele keuzes na overlijden van dit individu moet dus gewaarborgd worden ten behoeve van alle andere individuen die dergelijke keuzes maken. Dit kan met name via andere burgers (bv. de familie van de overledene) mits hen een recht hiervoor wordt toegekend⁴⁰⁵⁶ of via het openbaar ministerie mits strafbaarstelling van de schending het zelfbepalingsrecht.⁴⁰⁵⁷

864. Een eigendomsrechtelijke grondslag voor het zelfbepalingsrecht ten aanzien van het eigen toekomstige lijk blijft echter onmogelijk naar Belgisch recht. Gedurende de tijd dat de levende persoon drager van rechten en plichten is, bestaat het lijk niet, zodat het bezwaarlijk als voorwerp van eigendom in het vermogen kan vallen.⁴⁰⁵⁸ Zodra het lijk bij overlijden ontstaat, verdwijnt de persoon. Ook dan kan deze geen eigendomsrecht op het lijk hebben, omdat hij niet langer drager van rechten en plichten is.⁴⁰⁵⁹

⁴⁰⁵⁰ E. GULDIX, *De persoonlijkheidsrechten, de persoonlijke levenssfeer en het privéleven in hun onderling verband*, 1986, nrs. 662-663; F. SWENNEN, o.c., *TPR* 2013, (1489) 1499-1500. Zie ook: H.J.J. LEENEN, "Gezondheidsrechtelijke aspecten van orgaantransplantatie", *NJB* 1978, (871) 874.

⁴⁰⁵¹ Vgl. J. DE BRUYNE, o.c., *RW* 1960-61, (823) 823-824.

⁴⁰⁵² J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Handboek gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012 (3^{de} ed.), 76-77.

⁴⁰⁵³ Uitzonderlijk kan een vertegenwoordiger wel in naam van de overleden titularis van een persoonlijkheidsrecht procederen, wanneer de vordering reeds tijdens het leven van de titularis werd ingesteld, maar deze tijdens het geding overlijdt. Zie: art. 853 Ger. W.; J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Handboek gerechtelijk recht*, 2012 (3^{de} ed.), 77; E. GULDIX, *De persoonlijkheidsrechten, de persoonlijke levenssfeer en het privéleven in hun onderling verband*, 1986, nr. 588; X. LABBÉE, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, 1990, 186.

⁴⁰⁵⁴ Vgl. J.R. HERRMANN, o.c., *EJHL* 2011, (277) 281.

⁴⁰⁵⁵ H. YOUNG, o.c., *Marq. Elder's Advisor* 2013, (197) 198, 200-201, 203, 206, 212-214, 223-224, 239 en 265. Vgl. ook: S.E. JOSSELYN, *Informed Consent as a Requirement for Post Mortem Organ Donation*, 2008, 62-68; D. SPERLING, *Posthumous Interests*, 2010, 170.

⁴⁰⁵⁶ Zie hierover uitvoerig *infra* Afd. 3 van dit Hoofdstuk.

⁴⁰⁵⁷ Vgl. R. DIERKENS, *Lichaam en lijk*, 1962, 140 en 181-182; H. YOUNG, o.c., *Marq. Elder's Advisor* 2013, (197) 227; T. VANSWEEVELT, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1559) 1566.

⁴⁰⁵⁸ Zie ook: C. PETIT, "Lichaam en lijk als voorwerpen van rechtsbetrekking", *Themis* 1950, (428) 432-433; R. DIERKENS, *Lichaam en lijk*, 1962, 139. *Contra*: R. RAO, "Property, privacy, and the human body", *B.U.L. Rev.* 2000, (359) 446-449, 451 en 460. Zelfs al zou men een eigendomsrecht bij leven op het toekomstige lijk aanvaarden, dan nog zou dit weinig bruikbaar zijn in de orgaandonatiecontext. Een schenking van toekomstige goederen is immers niet mogelijk (art. 943 BW; zie ook al *supra* Deel IV, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, C.3.b).

⁴⁰⁵⁹ *Cf.* reeds *supra* A.1. van deze paragraaf. Zie weliswaar over de vraag of het lijk het voorwerp van andermans eigendomsrecht kan zijn *infra* in Afd. 3, § 2, A.1. van dit Hoofdstuk.

2. Specifieke grondslag in de Orgaantransplantatiewet

865. Zowel op mensenrechtelijke, als op persoonlijkheidsrechtelijke basis moet een recht op zelfbepaling aangaande het lijk aanvaard worden. Een specifieke wettelijke bevestiging van dit recht is te vinden in artikel 10 Orgaantransplantatiewet. Deze bepaling geeft het recht aan de levende persoon⁴⁰⁶⁰ om zijn toestemming tot of zijn verzet tegen orgaanwegneming na overlijden met het oog op transplantatie te uiten.⁴⁰⁶¹ Via artikel 12 Wet Menselijk Lichaamsmateriaal geldt dit recht overigens ook voor vele andere vormen van wegneming.⁴⁰⁶² Miskenning van dit zelfbepalingsrecht kan zelfs na het overlijden van de donor strafrechtelijk gesanctioneerd worden met een gevangenisstraf en/of een geldboete.⁴⁰⁶³ Dergelijke tussenkomst van de openbare macht is logisch in het licht van de eerder verdedigde stelling dat de afdwingbaarheid van dat zelfbepalingsrecht in het belang van de samenleving is.⁴⁰⁶⁴

Weliswaar valt het op dat de Orgaantransplantatiewet minder expliciet voorwaarden stelt aan de wilsuiting van de donor dan in geval van orgaanwegneming bij leven. Uit artikelen 5 t.e.m. 9 Orgaantransplantatiewet volgt dat de wilsuiting van de levende donor persoonlijk, wilsbekwaam, vrij en bewust, altruïstisch, geïnformeerd, oordeelkundig, formeel, herroepbaar en gecontroleerd karakter moet hebben.⁴⁰⁶⁵ Hierna zullen deze principes worden overlopen om te zien in hoeverre ze in het geval van een overleden donor gelden.

866. Wat betreft het *persoonlijk karakter* kan meteen al een verschil worden vastgesteld. Bij levende donoren is de persoonlijke toestemming van de donor een noodzakelijke en voldoende voorwaarde. Bij overleden donoren zal daarentegen soms bijkomend de toestemming van procureur des Konings vereist zijn (art. 13, § 2 Orgaantransplantatiewet).⁴⁰⁶⁶ Bovendien wordt in de praktijk wel eens bijkomend de toestemming van de familie gevraagd.⁴⁰⁶⁷

867. Ook wat betreft het *wilsbekwaam karakter* de geldt deels een andere regeling. Zowel bij levende, als bij overleden donoren is de wilsuiting vanzelfsprekend slechts geldig indien ze uitgaat van een donor die in staat is zijn wil te uiten en dus wilsbekwaam is (art. 10, § 2 en §2bis Orgaantransplantatiewet).⁴⁰⁶⁸ In tegenstelling tot bij levende donoren is bij overleden donoren tot op zekere hoogte nog wel vertegenwoordiging van de wilsonbekwame donor mogelijk. Meer bepaald zullen sommige personen in zijn naam en voor zijn rekening *tijdens zijn leven* verzet kunnen aantekenen (art. 10, § 2 Orgaantransplantatiewet).⁴⁰⁶⁹

⁴⁰⁶⁰ Verschillende elementen bevestigen m.i. dat het niet om een recht van het lijk zelf, maar slechts om een recht ten aanzien van het toekomstige lijk gaat. Ten eerste blijkt dit uit de parlementaire stukken (Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 1984-1985, nr. 832-1, 2 en Juridische nota, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220-9, 54-55). Vervolgens wordt in art. 10, §2 en §3ter Orgaantransplantatiewet gesproken van het uitdrukken van het verzet en de toestemming door een 'persoon', wat een levende mens impliceert (cf. *supra* Deel II, Hoofdstuk III, Afd. 2, § 1, B.2.). Ten slotte laat art. 10, §2 Orgaantransplantatiewet de vertegenwoordiging bij het uitdrukken van het verzet enkel toe indien de betrokkene nog leeft. Ook dit impliceert dat het slechts om een zelfbepalingsrecht bij leven gaat.

⁴⁰⁶¹ Zie uitvoeriger *infra* Hoofdstuk III en IV van dit Deel.

⁴⁰⁶² Zie reeds *supra* Deel II, Hoofdstuk III, Afd. 1, § 1, A over het toepassingsgebied van deze wet.

⁴⁰⁶³ Art. 10 *iuncto* art. 17, § 3 Orgaantransplantatiewet.

⁴⁰⁶⁴ Zie *supra* B.1. van deze paragraaf.

⁴⁰⁶⁵ Zie *supra* Deel IV, Hoofdstuk III.

⁴⁰⁶⁶ Zie uitgebreider *infra* § 2, B.2. van deze Afdeling.

⁴⁰⁶⁷ Zie uitgebreider *infra* Afd. 3, § 2, A.2.b. van dit Hoofdstuk.

⁴⁰⁶⁸ Zie ook: NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS, *Human bodies*, 2011, 56, 59, 149-150, 152 en 171; C. BERNARD-XEMARD, "Prélèvements d'organes post mortem et incapacité juridique", *Droit de la famille* 2012, www.lexisnexis.com, nr. 16; J. SHAW, "Of Mitochondria and Men: Why Brain Death Is Not the Death of the Human 'Organism as a Whole'", *McGill J.L. & Health* 2013-14, (235) 307. Zie algemeen: C. LEMMENS, *Voorafgaande wilsverklaringen met betrekking tot het levenseinde*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nr. 201, 216 en 293.

⁴⁰⁶⁹ Zie uitgebreider *infra* Afd. 3, § 1 van dit Hoofdstuk en Hoofdstuk III, Afd. 1, § 2 van dit Deel.

868. Wat betreft het *vrije en bewuste karakter* bepaalt artikel 10 Orgaantransplantatiewet niets. Toch moet zoals bij levende donoren worden aangenomen dat ook de wilsuiting omtrent orgaanwegname na overlijden vrij en bewust moet zijn.⁴⁰⁷⁰ Artikel 4, § 1 Orgaantransplantatiewet bepaalt immers wél expliciet dat donaties van overleden donoren vrijwillig moeten zijn. Daarnaast kan ook worden teruggegrepen naar het gemene recht. Niettegenstaande ze pas na overlijden uitwerking krijgt, is de donatie een rechtshandeling,⁴⁰⁷¹ zodat artikelen 1108 e.v. BW gelden.⁴⁰⁷² Dit betekent dat deze wilsuiting niet enkel vrij van dwang, maar ook van dwaling of bedrog moet zijn (art. 1109 e.v. BW).⁴⁰⁷³ Uiteindelijk is dit niet meer dan logisch. Een onvrije wilsuiting kan in wezen geen uiten van de werkelijke wil genoemd worden en is dus vreemd aan het zelfbepalingsrecht.

Het kan gebeuren dat de donor reeds zijn levenseinde nabij is wanneer hij een wilsuiting inzake orgaanwegname maakt. Dit zal met name bij *non-heart-beating* donoren van categorie III of V⁴⁰⁷⁴ zo zijn. Sommige auteurs staan zeer terughoudendheid ten aanzien van het vragen van toestemming tot orgaanwegname aan een stervende, omdat men dit veelal als een dwangsituatie beschouwt.⁴⁰⁷⁵ Het is echter niet omdat een persoon ondraaglijk lijdt en/of terminaal ziek is dat hij geen weloverwogen en overdachte beslissing meer zou kunnen nemen.⁴⁰⁷⁶ Dit moet telkens *in concreto* worden beoordeeld.⁴⁰⁷⁷ Buiten het geval van de stervende donor lijkt er echter zelden een probleem te bestaan wat betreft het vrije karakter van de wilsuiting.⁴⁰⁷⁸

869. Wat betreft het *altruïstische karakter* geldt hetzelfde principe als bij levende donoren. Zowel bij levende, als bij overleden donoren geldt dat de donatie onbetaald moet zijn en dat de donor geen recht mag doen gelden ten aanzien van de ontvanger (art. 4, § 1 Orgaantransplantatiewet).⁴⁰⁷⁹ Een verschil is wel dat ten aanzien van de levende donor een mogelijkheid tot vergoeding voor de kosten van de orgaanwegname werd voorzien, *quod non* in geval van orgaanwegname *post mortem*.

⁴⁰⁷⁰ Zie ook: WMA Statement on Human Organ Donation and Transplantation (S-2000-01-2006); WMA Council Resolution on Organ Donation in China (CR-2006-02-2006); WMA Statement on Organ and Tissue Donation (S-2012-04-2012); K. JANSSEN VAN DOORN, "Orgaandonatie: een deugd of een plicht?", *T. Gen.* 2006, nr. 20, (1434) 1437; NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS, *Human bodies*, 2011, 56 en 59; A. GARWOOD-GOWERS, o.c., *EJHL* 2013, (383) 388-389; J. SHAW, o.c., *McGill J.L. & Health* 2013-14, (235) 307; N. HOPPE en J. MIOLA, *Medical Law and Medical Ethics*, 2014, 211.

⁴⁰⁷¹ Vgl. R. DEKKERS en A. WYLLEMAN, *Handboek burgerlijk recht. Deel I. Personen- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 50.

⁴⁰⁷² Vgl. *supra* Deel IV, Hoofdstuk III, Afd. 3, § 2, A. Vgl. ook met donatie van het gehele lijk: T. VANSWEEVELT, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1559) 1581.

⁴⁰⁷³ Zie algemeen: C. LEMMENS, *Voorafgaande wilsverklaringen met betrekking tot het levenseinde*, Antwerpen, Intersentia, 2013, nr. 201 en 236 e.v.

⁴⁰⁷⁴ NHBD categorie III betreft orgaanwegname na stopzetting van een medische behandeling. NHBD categorie V betreft orgaanwegname na euthanasie. Cf. *supra* Hoofdstuk I, Afd. 3, § 1, B.2.b. van dit Deel.

⁴⁰⁷⁵ R. DIERKENS, *Lichaam en lijk*, 1962, 171; H.J.J. LEENEN, o.c., *NJB* 1978, (871) 874; J. MATTHIJS, o.c., *RW* 1971-72, (161) 174, nr. 23; Juridische nota, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220-9, 53; J.E.M. AKVELD, *Transplantatie en wetgeving: werkelijkheid en ideaal*, Lelystad, Vermande, 1987, 130; W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties: oorzaken en oplossingen in juridisch perspectief*, Arnhem, Gouda Quint, 1992, 51-52; Trib. Féd. Zwitserland 16 april 1997, *RUDH* 1997, 286; WMA Statement on Human Organ Donation and Transplantation (S-2000-01-2006); WMA Council Resolution on Organ Donation in China (CR-2006-02-2006).

⁴⁰⁷⁶ E. DELBEKE, *Juridische aspecten van zorgverlening aan het levenseinde*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 148.

⁴⁰⁷⁷ Vgl. *supra* Deel IV, Hoofdstuk III, Afd. 3, § 1.

⁴⁰⁷⁸ Zie ook: X. LABBÉE, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, 1990, 297, die meent dat bij extrapatrimoniale bepalingen druk op de *decuius* vanuit de familie weinig frequent is.

⁴⁰⁷⁹ Zie reeds: R. DIERKENS, *Lichaam en lijk*, 1962, 189; J.-P. DOLL, *La discipline des greffes, des transplantations et des autres actes de disposition concernant le corps humain*, 1970, 156; E. DIRIX, o.c. in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, 1982, (35) 73.

870. Wat betreft het *geïnformeerde karakter* van de wilsuiting omtrent orgaanwegneming na de dood vertoont de Orgaantransplantatiewet een leemte. Niettemin moet ook zonder expliciete wettekst het principe worden aangenomen dat slechts een geïnformeerde wilsuiting geldig is.⁴⁰⁸⁰ Zonder kennis van zaken is de zinvolle uitoefening van het zelfbepalingsrecht logischerwijze niet mogelijk.⁴⁰⁸¹ Artikel 10, §1 Orgaantransplantatiewet erkent dit enigszins impliciet. Het voorziet immers in een verschillende regeling indien de persoon niet (lang genoeg) in de Belgische registers is ingeschreven, omdat hij dan geacht wordt onvoldoende kennis van het Belgische systeem te hebben.⁴⁰⁸² Door de donatie als rechtshandeling te kwalificeren zou deze wilsuiting in geval van onvoldoende of verkeerde informatie op basis van dwaling nietig kunnen worden geacht (art. 1110 BW).⁴⁰⁸³ Als bovendien tijdens het leven van de (wilsbekwame) donor reeds medische handelingen ter voorbereiding van de orgaanwegneming *post mortem* zouden worden gesteld, dan zou een recht van de donor op informatie omtrent deze wegneming ook gesteund kunnen worden op artikel 8, § 2 Wet Patiëntenrechten.⁴⁰⁸⁴

Naar analogie met orgaanwegneming bij leven kan verdedigd worden dat de omvang van de vereiste informatie omtrent orgaanwegneming *post mortem* bepaald wordt door het relevantiecriterium. Dat betekent dat het slechts moet gaan om de informatie die voor een normaal, zorgvuldig persoon, geplaatst in dezelfde omstandigheden, nodig is om te beslissen.⁴⁰⁸⁵ Één van de toetsingselementen bij dit criterium is de ernst van de risico's: hoe groter de ernst, hoe relevanter. Bij orgaanwegneming na overlijden zullen de risico's voor de donor veelal beperkt zijn. De fysieke aantasting van het lijk zal immers geen gezondheidsrisico voor de donor meebrengen. Hoogstens gaat het om een moreel belang, namelijk de belemmering van de ontplooiing van de persoonlijkheid.⁴⁰⁸⁶ Bijgevolg zal doorgaans het informatievereiste *de facto* minder streng zijn dan bij orgaanwegneming tijdens het leven.⁴⁰⁸⁷

⁴⁰⁸⁰ S.E. JOSSELYN, *Informed Consent as a Requirement for Post Mortem Organ Donation*, 2008, 84-88, die aldus een *bare consent* (p. 1) afwijst; W. DREESSEN, o.c., *Jura Falc.* 1984-85, (500) 521 en 522; G. GLAVES-INNIS, "Organ donation and incompetents: can they consent? Comparative analysis of american and canadian laws of consent and brain death determination", *Touro. Int'l L. Rev.* 2000, (155) 169-170; K. JANSSEN VAN DOORN, o.c., *T. Gen.* 2006, nr. 20, (1434) 1437; M.J. SIEBELINK en J.H.H.M. DORSCHIEDT, "Postmortale orgaan- en weefseltransplantatie en de rechtspositie van het jonge kind", *FJR* 2008, (52) 56 (ten aanzien van kinderen op basis van art. 13, 17, 27 en 42 Internationaal Verdrag voor de Rechten van het Kind); A.A.P. GARWOOD-GOWERS en S. OLSENA, o.c. in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J.V. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2011, (148) 149; WMA Statement on Human Organ Donation and Transplantation (S-2000-01-2006); WMA Council Resolution on Organ Donation in China (CR-2006-02-2006); WMA Statement on Organ and Tissue Donation (S-2012-04-2012); NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS, *Human bodies*, 2011, 56 en 59; A. GARWOOD-GOWERS, o.c., *EJHL* 2013, (383) 388-389; J. SHAW, o.c., *McGill J.L. & Health* 2013-14, (235) 307. Zie algemeen: C. LEMMENS, *Voorafgaande wilsverklaringen met betrekking tot het levenseinde*, 2013, nr. 217.

⁴⁰⁸¹ Vgl. deel IV, Hoofdstuk III, Afd. 5, § 1.

⁴⁰⁸² Zie ook *infra* Hoofdstuk IV, Afd. 2, § 2, C.1.

⁴⁰⁸³ Vgl. *supra* Deel IV, Hoofdstuk III, Afd. 3, § 1. Zie algemeen: C. LEMMENS, *Voorafgaande wilsverklaringen met betrekking tot het levenseinde*, 2013, nr. 237 e.v.

⁴⁰⁸⁴ Volgens § 2 van art. 8 moet immers onder andere over het doel (*in casu* orgaanwegneming) van de ingreep (*in casu* de voorbereidende handelingen) geïnformeerd worden. Vgl. S.E. JOSSELYN, *Informed Consent as a Requirement for Post Mortem Organ Donation*, 2008, 69 en 86-88. Zie uitvoeriger Hoofdstuk V van dit Deel.

⁴⁰⁸⁵ In gelijkaardige zin: E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen. De praktijk van postmortale orgaantransplantatie: een kritische beschouwing*, Utrecht, Van der Wees, 1999, 341. *Contra*: K. JANSSEN VAN DOORN, o.c., *T. Gen.* 2006, nr. 20, (1434) 1437 ('maximale kennis'). Zie reeds uitvoerig *supra* Deel IV, Hoofdstuk III, Afd. 5, § 5, A over het relevantiecriterium. Indien het informatievereiste wordt onderbouwd via dwaling, dan kan het relevantiecriterium afgeleid worden uit de combinatie van het vereiste dat de dwaling moet betrekking hebben op de zelfstandigheid van de zaak (subjectief element) met het verschoonbaarheidsvereiste (objectief element). Indien het informatievereiste wordt onderbouwd met art. 8, § 2 Wet Patiëntenrechten, dan blijkt het relevantiecriterium expliciet uit deze bepaling.

⁴⁰⁸⁶ Vgl. B.1. van deze paragraaf en S.E. JOSSELYN, *Informed Consent as a Requirement for Post Mortem Organ Donation*, 2008, 86-88, die spreekt van onzekerheid en ongemakken tijdens het leven.

⁴⁰⁸⁷ In dezelfde zin: NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS, *Human bodies*, 2011, 149-150, 152, 171 en 178, waar het voldoende werd geacht dat de donor 'in brede termen' begrijpt waar het om gaat. Zie eveneens: E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 341, die een 'algemene voorstelling' voldoende acht.

Er zijn verschillende categorieën van mogelijk relevante informatie. Er valt te denken: de manier waarop de dood kan worden gediagnosticeerd (m.a.w. wat is een overleden donor?),⁴⁰⁸⁸ de hoeveelheid en types organen die kunnen worden weggenomen (bv. ook uitwendige organen?),⁴⁰⁸⁹ de handelingen die de orgaanwegname voorafgaan (m.n. ingrijpende handelingen),⁴⁰⁹⁰ de gevolgen ten aanzien van de overlevenden (m.n. het uitzicht van het lijk en de gevolgen voor de lijkbezorging),⁴⁰⁹¹ het belang van transplantatie voor ontvangers⁴⁰⁹² en de algemene werking van het wettelijke toestemmingsstelsel.⁴⁰⁹³

871. Wat betreft het *oordeelkundig karakter* wordt in herinnering gebracht dat dit een effectief begrip van de gevolgen van de orgaanwegname veronderstelt. Dit geldt zowel bij levende, als bij overleden donoren aangezien het voortvloeit uit het vereiste van een vrije en bewuste toestemming.⁴⁰⁹⁴

872. Wat betreft het *formeel karakter* bestaat een aanzienlijk verschil met orgaanwegname bij leven. Zoals eerder al uitvoerig werd besproken, is de toestemming van de levende donor bij wijze van beschermingsmaatregel slechts geldig indien ze schriftelijk werd gegeven in het bijzijn van een getuige. Voor orgaanwegname na overlijden geldt daarentegen vormvrijheid, ofschoon de wetgever zelf één van de mogelijke vormen heeft geregeld (art. 10, § 3 en § 4 en art. 17, § 3, lid 2 Orgaantransplantatiewet).⁴⁰⁹⁵ Aangezien orgaanwegname bij het lijk op zich de gezondheid van de donor niet schaadt, is een bescherming door strikte vormvereisten logischerwijze niet nodig.⁴⁰⁹⁶ De wet gaat zelfs nog een stapje verder: de orgaanwegname kan soms zelfs zonder uitdrukkelijke toestemming geschieden (art. 10, § 1, lid 1 Orgaantransplantatiewet). Het gaat dan m.a.w. om een vermoeden van toestemming (*presumed consent*).⁴⁰⁹⁷

873. Wat betreft het *herroepbaar karakter* geldt hetzelfde principe. De wilsuiking kan vormvrij en te allen tijde vóór de orgaanwegname door de wilsbekwame donor worden

⁴⁰⁸⁸ E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 342 en 357; M. POTTS en D.W. EVANS, "Does it matter that organ donors are not dead? Ethical and policy implications", *J. Med. Ethics* 2005, (406) 408; C.J. DOIG en D.A. ZYGUN, "(Uncontrolled) Donation after Cardiac Determination of Death: A Note of Caution", *J.L. Med. & Ethics* 2008, (760) 764; W. BAGINSKI, "Hastening Death: Dying, Dignity and the Organ Shortage Gap", *Am. J.L. & Med.* 2009, (562) 582; S. FRY-REVERE, T. REHER en M. RAY, "Death: A New Legal Perspective", *J. Contemp. Health L. & Pol'y* 2010-11, (1) 1-2 en 66-67; J. SHAW, o.c., *McGill J.L. & Health* 2013-14, (235) 240-241, 265, 299-300 en 310.

⁴⁰⁸⁹ J.E.M. AKVELD, *Transplantatie en wetgeving*, 1987, 133 en 136; WMA Statement on Human Organ Donation and Transplantation (S-2000-01-2006); WMA Statement on Organ and Tissue Donation (S-2012-04-2012); ORGAN DONATION TASKFORCE, *The potential impact of an opt out system for organ donation in the UK*, 2008, www.odt.nhs.uk, 19-20; A. GARWOOD-GOWERS, o.c., *EJHL* 2013, (383) 391; B. PARENT, "Informing Donors about Hand and Face Transplants: Time to Update the Uniform Anatomical Gift Act", *Health & Biomedical L.* 2015, 309 e.v.

⁴⁰⁹⁰ E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 186 (electieve ventilatie), 342 en 357 (HIV-onderzoek); D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 211-212; S.E. JOSSELYN, *Informed Consent as a Requirement for Post Mortem Organ Donation*, 2008, 2 en 70; A. BAUMANN et al., "Réanimation non thérapeutique en fin de vie pour préservation des organes en vue d'un don: problèmes éthiques et légaux", *Presse Med.* 2012, (e530) e536 (electieve ventilatie); A. GARWOOD-GOWERS, o.c., *EJHL* 2013, (383) 391; WMA Statement on Human Organ Donation and Transplantation (S-2000-01-2006); WMA Statement on Organ and Tissue Donation (S-2012-04-2012).

⁴⁰⁹¹ J.E.M. AKVELD, *Transplantatie en wetgeving*, 1987, 136; W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 219-220; E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 342 en 357; WMA Statement on Human Organ Donation and Transplantation (S-2000-01-2006); WMA Statement on Organ and Tissue Donation (S-2012-04-2012).

⁴⁰⁹² W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 219-220; A. GARWOOD-GOWERS, o.c., *EJHL* 2013, (383) 391.

⁴⁰⁹³ H.J.J. LEENEN, o.c., *NJB* 1978, (871) 877; W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 219-220.

⁴⁰⁹⁴ Cf. *supra* Deel IV, Hoofdstuk III, Afd. 6. Zie ook: NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS, *Human bodies*, 2011, 149-150, 152 en 171; A. GARWOOD-GOWERS, o.c., *EJHL* 2013, (383) 388-389.

⁴⁰⁹⁵ Zie hierover uitvoerig *infra* Hoofdstuk III, Afd. 1 van dit Deel.

⁴⁰⁹⁶ Zie ook: Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220/9, 45.

⁴⁰⁹⁷ Zie uitvoerig *infra* Hoofdstuk IV van dit Deel.

gewijzigd.⁴⁰⁹⁸ Dit is een logisch gevolg van het zelfbepalingsprincipe. De wilsuiting moet stroken met de werkelijke wil, die steeds kan veranderen.⁴⁰⁹⁹

874. Wat betreft het *gecontroleerd karakter* bestaat er ten slotte wederom een aanzienlijk verschil. Bij wegneming tijdens het leven wenste de wetgever enige terughoudendheid aan de dag te leggen wegens de gezondheidsrisico's voor de donor. Vanuit een beschermingsgedachte werd aldus voorzien in een grondige controle van de geldigheid van de toestemming via een systeem van multidisciplinaire en onafhankelijke *donor advocacy*.

Bij orgaanwegneming na overlijden achtte de wetgever minder terughoudendheid noodzakelijk.⁴¹⁰⁰ Dit blijkt onder meer uit het gebrek aan een doorgedreven controle op de geldigheid van de wilsuiting van de donor. Deze wilsuiting kan naar huidig recht in principe buiten de tussenkomst van een *donor advocate* (bv. een arts of een ambtenaar) tot stand komen,⁴¹⁰¹ zodat geen garantie op de geldigheid ervan bestaat. Bovendien impliceert het voorafgaand karakter van de wilsverklaring een retrospectief onderzoek.⁴¹⁰² Het is echter zeer moeilijk en soms zelfs onmogelijk om retrospectief na het overlijden de vervulling van de wilsuitingsvereisten te controleren.⁴¹⁰³ Artikel 10, § 1, lid 1 Orgaantransplantatiewet relateert dit probleem door de (geldige) toestemming te vermoeden.⁴¹⁰⁴ Weliswaar kan het toestemmingsvermoeden door verzet weerlegd worden en moet de arts nagaan of er van dergelijk verzet sprake is (art. 10, § 1, lid 1 en 2 Orgaantransplantatiewet). Niettemin blijft de verantwoordelijkheid voor de geldigheid van het verzet bij de donor liggen.⁴¹⁰⁵

§ 2. DRAAGWIJDTE VAN HET ZELFBEPALINGSRECHT VAN DE DONOR

A. Algemeen: grenzen aan het zelfbepalingsrecht

875. In het kader van orgaanwegneming bij *leven* werd uitvoerig aangetoond dat het zelfbepalingsrecht op het (levende) lichaam aan beperkingen kan worden onderworpen.⁴¹⁰⁶ Anders dan ten aanzien van zijn huidige lichaam heeft een persoon ten aanzien van zijn toekomstige lijk geen fysiek, maar slechts een moreel belang. *A fortiori* moet het zelfbepalingsrecht op het lijk dus eveneens kunnen worden ingeperkt.⁴¹⁰⁷ Vanuit mensenrechtelijk perspectief kunnen dergelijke beperkingen gebaseerd worden op artikel 8, § 2 EVRM.⁴¹⁰⁸ Deze bepaling laat inmenging in het recht op privéleven (incl. het zelfbepalingsrecht op het lijk) toe voor zover ze voorzien is bij wet en evenredig is aan een

⁴⁰⁹⁸ Dit volgt uit art. 10 Orgaantransplantatiewet, alsook art. 3 KB van 30 oktober 1986 tot regeling van de wijze waarop de donor of de personen bedoeld in artikel 10, § 2, van de wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen hun wil te kennen geven, BS 14 februari 1987. Zie ook: WMA Statement on Human Organ Donation and Transplantation (S-2000-01-2006); WMA Statement on Organ and Tissue Donation (S-2012-04-2012). Zie uitvoeriger *infra* Hoofdstuk III van dit Deel.

⁴⁰⁹⁹ Cf. *supra* Deel IV, Hoofdstuk III, Afd. 8, § 1.

⁴¹⁰⁰ Cf. *supra* Deel IV, Hoofdstuk II, Afd. 1.

⁴¹⁰¹ Zie uitgebreider *infra* Hoofdstuk III van dit Deel.

⁴¹⁰² C. LEMMENS, *Voorafgaande wilsverklaringen met betrekking tot het levenseinde*, 2013, nr. 218.

⁴¹⁰³ Vgl. X. LABBÉE, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, 1990, 323; W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 261-262; R.P. DE ROODE, "De rol van de arts bij postmortale donatie", *Ned. T. Gen.* 2001, (681) 683; A. GARWOOD-GOWERS, o.c., *EJHL* 2013, (383) 391.

⁴¹⁰⁴ Zie uitvoerig *infra* Hoofdstuk IV van dit Deel.

⁴¹⁰⁵ Zie uitvoerig *infra* Hoofdstuk III van dit Deel. Vgl. algemeen: C. LEMMENS, *Voorafgaande wilsverklaringen met betrekking tot het levenseinde*, 2013, nr. 219 en 22.

⁴¹⁰⁶ Zie Deel IV, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, C.

⁴¹⁰⁷ Vgl. S.A.M. MCLEAN, *Autonomy, consent and the law*, 2010, 210.

⁴¹⁰⁸ Zie ook: ECRM, *X. v. Germany*, 1981, nr. 8741/79, <http://hudoc.echr.coe.int>; J.R. HERRMANN, o.c., *EJHL* 2011, (277) 282-283.

legitiem doel.⁴¹⁰⁹ Ook vanuit persoonlijkheidsrechtelijk perspectief wordt algemeen aanvaard dat het zelfbepalingsrecht op het lijk begrensd is: de uitoefening ervan moet stroken met de openbare orde en/of de goede zeden.⁴¹¹⁰

Voor orgaanwegname bij een lijk rijst er geen principieel probleem. Uit eerbied voor de overledene wordt in de traditionele dodenverering het lijk, dat de emanatie van de overleden persoon vormt, veeleer afgeschermd van aantasting.⁴¹¹¹ Niettemin bestaat er een consensus dat orgaanwegname in het belang van transplantatie niet strijdig is met de eerbied voor de overledene en in principe wél binnen de grenzen van het zelfbepalingsrecht op het lijk valt.⁴¹¹² Artikel 10 Orgaantransplantatiewet geeft deze consensus een wettelijke basis. Er rijst nog wel de vraag waar de grenzen van dit zelfbepalingsrecht inzake orgaanwegname na overlijden zich dan precies bevinden. Dit zal hieronder uitgebreider worden onderzocht in beide richtingen. In verband met de positieve wilsuiging tot orgaanwegname zal worden nagegaan of de donor een absoluut recht op orgaanwegname heeft (*infra* B). In verband met de negatieve wilsuiging wordt nagegaan of de orgaanwegname tegen de wil van de betrokkene kan gebeuren (*infra* C).

B. *Recht op orgaanwegname?*

876. Het wordt meteen duidelijk dat de donor die toestemt, geen absoluut recht op orgaanwegname voor transplantatiegebruik verwerft. Zijn wilsuiging zal worden afgewogen tegenover de belangen van derden. Zo vereist artikel 12 Orgaantransplantatiewet dat de orgaanwegname moet gebeuren met respect voor het lijk en met bezorgdheid voor de gevoelens van de familie. Er kan worden aangenomen dat dit vereiste het belang van de goede zeden en de rechten van anderen (nl. de naasten van de donor) vertegenwoordigt en via deze belangen conform artikel 8, § 2 EVRM een gerechtvaardigde inperking van het zelfbepalingsrecht van de donor kan uitmaken. Aangezien dit vereiste nauw samenhangt met de zeggenschap van de naasten zal het dan ook *infra* bij de bespreking van deze zeggenschap uitgebreider worden onderzocht.⁴¹¹³ Daarnaast zijn er nog twee andere belangrijke voorbeelden van tegengestelde belangen: het belang van de ontvanger (*infra* 1) en het belang van de samenleving bij de vervolging van misdrijven (*infra* 2).

⁴¹⁰⁹ Als legitieme doelen vermeldt deze bepaling het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

⁴¹¹⁰ Cass. 3 juli 1899, *Pas.* 1899, I, 318, concl. MESDACH DE TER KIELE; Rb. Kortrijk 18 maart 1949, *RW* 1952-53, 1371; R. DIERKENS, *Lichaam en lijk*, 1962, 17 en 141; G. BRICMONT, o.c., *JT* 1971, (145) 145; A. DEMOOR, o.c., *Jura Falc.* 1976-77, (69) 75 (bv. geen verwerking tot diervoer); E. DIRIX, o.c. in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, 1982, (35) 72-73 (bv. geen verwerking tot diervoer); J. VELAERS, o.c. in CENTRUM GRONDSLAGEN VAN HET RECHT (ed.), *Over zichzelf beschikken?*, 1996, (117) 205 (bv. geen verwerking tot diervoer); T. VANSWEEVELT, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1559) 1572.

⁴¹¹¹ Vgl. *Hand.* Senaat 1984-85, 1 juli 1985, 3165; C. HOFFER, *Levenschouwing en orgaandonatie. Een vergelijking van joodse, christelijke, islamitische en humanistische opvattingen*, Amsterdam, Dutch University Press, 2002, 72-73; B.C. VAN BEERS, *Persoon en lichaam in het recht*, s.l., Boom Juridische Uitgevers, 2009, 555-557.

⁴¹¹² R. DIERKENS, *Lichaam en lijk*, 1962, 15-17, 145, 151 en 169; A. DEMOOR, o.c., *Jura Falc.* 1976-77, (69) 75; Verslag HANQUET, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 832-2, 7; P. SCHOTSMANS, *En de mens schiep de mens. Medische (r)evolutie en ethiek*, Kapellen, Uitgeverij Pelckmans, 1988, 184-185; W.J.M. DEKKERS, "Orgaantransplantaties in wijsgerig-ethisch perspectief" in V.G.H.J. KIRKELS (ed.), *Transplantatie en mensbeeld*, Baarn, Ambo, 1992, (68) 70.

⁴¹¹³ Zie *infra* Afd. 3, § 1, B.3. en § 2, A.2.a.2).

1. Belang van de ontvanger

877. Doorgaans zal toestemming tot orgaanwegneming met transplantatieoogmerk in het belang van de ontvanger zijn. De transplantatie die dankzij de orgaanwegneming mogelijk wordt, kan immers leiden tot het redden of verbeteren van zijn leven.

Nochtans kan het zijn dat de organen van de donor ongeschikt zijn voor transplantatie (bv. wegens risico op ziekteoverdracht of afstoting). Transplantatie van dergelijke organen bij de ontvanger kan leiden tot aansprakelijkheid van de transplantatiearts.⁴¹¹⁴ Transplantatie is dan m.a.w. verboden, zodat de orgaanwegneming zinloos is. Een arts kan dan bezwaarlijk verplicht worden tot orgaanwegneming.⁴¹¹⁵ Zo stelt ook artikel 10, § 1, lid 1 Orgaantransplantatiewet dat organen bij gebrek aan verzet niet moeten maar ‘mogen’ worden weggenomen. Bijgevolg heeft de ongeschikte donor geen onverkort recht op orgaanwegneming.⁴¹¹⁶

2. Belang van de strafvervolgning

a. Algemeen

878. Met artikel 13 Orgaantransplantatiewet heeft de wetgever de orgaanwegneming onderworpen aan het toezicht van de procureur des Konings. Deze bepaling strekt ertoe de baten van een spoedige orgaanwegneming te verzoenen met de toepassing van de strafwet door het vergaren van bewijsmateriaal en de vervolging van eventuele misdrijven die in verband staan met de dood.⁴¹¹⁷ Er moet immers vermeden worden dat de orgaanwegneming het forensisch onderzoek of de autopsie verstoort.⁴¹¹⁸ Niet-naleving van de verplichtingen uit artikel 13 is op zich een wanbedrijf dat met een gevangenisstraf van drie maanden tot één jaar en/of een geldboete van 1.000 tot 10.000 euro bestraft kan worden.⁴¹¹⁹ Bovendien is ook burgerrechtelijke aansprakelijkheid mogelijk ten aanzien van de veroorzaakte schade, zoals met name het verlies van bewijskansen.

Of het algemene belang van de strafvervolgning het zelfbepalingsrecht van de donor kan beperken, hangt af van de aard van het overlijden. Er kan een onderscheid worden gemaakt tussen drie soorten: een natuurlijke doodsoorzaak, een gewelddadige doodsoorzaak en een verdachte doodsoorzaak.⁴¹²⁰ Ten aanzien van natuurlijke overlijdens gelden geen bijkomende regels. De wet bevat daarentegen wel specifieke verplichtingen bij een gewelddadige doodsoorzaak (*infra* b), evenals bij een verdachte of onbekende doodsoorzaak (*infra* c).

⁴¹¹⁴ Zie hierover *infra* Deel VI, Hoofdstuk II, Afd. 2., § 2, A.2.

⁴¹¹⁵ B. DICKENS, “Donation and transplantation of organs and tissues” in A. GRUBB (ed.), *Principles of medical law*, Oxford, Oxford University Press, 2004 (2^{de} ed), (1025) 1045-1046. Zie ook: H.D.C. ROSCAM ABBING, “Belangen en wetgever” in J.E.M. AKVELD *et al.* (eds.), *Orgaandonatie, een kwestie van bereidheid*, Lelystad, Koninklijke Vermande, 1988, (97) 101; Memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, 22.358, nr. 3, 16; Human Tissue Authority Code of Practice on living and deceased organ and tissue donation for transplantation – Wales (2013), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, nr. 12.

⁴¹¹⁶ H. YOUNG, *o.c.*, *Marq. Elder’s Advisor* 2013, (197) 236; H. NYS, *Recht en bio-ethiek. Wegwijs voor mensen in de gezondheidszorg*, Leuven, LannooCampus, 2010, 143. Zie ook: W.L. ANDERSON en J.D. COPELAND, “Legal intricacies of organ transplantation: regulations and liability”, *J. Mo. B.* 1994, (139) 139.

⁴¹¹⁷ In die zin: Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 1984-1985, nr. 832/1, 11.

⁴¹¹⁸ Zie ook: W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 204; Memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, 22.358, nr. 3, 43; Circulaire “Aanwijzing orgaandonatie bij niet-natuurlijke dood”, <http://wetten.overheid.nl>.

⁴¹¹⁹ Art. 13 *iuncto* art. 17, § 3, lid 1 Orgaantransplantatiewet. Zie voor een concretere omschrijving van de mogelijke wanbedrijven: Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 1984-1985, nr. 832/1, 13.

⁴¹²⁰ Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220-9, 48; Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 11 april 1987 betreffende orgaantransplantatie, <http://www.ordomedic.be>.

b. Gewelddadige doodsoorzaak

879. Volgens artikel 13, § 1, lid 1 Orgaantransplantatiewet kan de orgaanwegneming in geval van een gewelddadige dood gewoon doorgaan,⁴¹²¹ maar moet de arts die overgaat tot orgaanwegneming, een verslag opstellen en dit onverwijld naar de procureur des Konings opsturen. De verslagplicht is een compromis waarbij de orgaanwegneming zonder tijdverlies kan doorgaan, maar de procureur des Konings nog wel de mogelijkheid behoudt om later een onderzoek te kunnen voeren.⁴¹²² Dit is merkbaar soepelder dan in sommige andere landen, waar telkens eerst toestemming van het openbaar ministerie of een andere instantie verkregen moet worden.⁴¹²³ De Belgische wetgever meende klaarblijkelijk dat het belang van de strafvervolgning bij een gewelddadig overlijden op zich ontoereikend is om het zelfbepalingsrecht van de donor (en het belang van de ontvanger) opzij te zetten.

Onder ‘gewelddadige’ overlijdens vallen bv. moord of doodslag,⁴¹²⁴ verkeersongevallen,⁴¹²⁵ arbeidsongevallen,⁴¹²⁶ zelfdoding,⁴¹²⁷ alsook ieder ander traumatisch overlijden⁴¹²⁸. Euthanasie lijkt daarentegen wettelijk gezien niet als een gewelddadig, maar als een natuurlijk overlijden worden beschouwd.⁴¹²⁹ Ook de dood ten gevolge van een beslissing tot therapiestop is niet als een gewelddadig, maar als een natuurlijk overlijden te beschouwen.⁴¹³⁰ Bij *non-heart-beating* donoren van categorie III en V moet in principe dus geen verslag aan de procureur des Konings worden verzonden op basis van artikel 13, § 1 Orgaantransplantatiewet.

880. Volgens artikel 13, § 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet moeten in het verslag aan de procureur des Konings “*de gegevens aangaande de toestand van het lijk en de weggenomen lichaamsdelen worden vermeld die van belang kunnen zijn voor het bepalen van de oorzaak en de omstandigheden van het overlijden, vooral die welke achteraf niet meer kunnen worden onderzocht tengevolge van de wegneming.*” Het gaat met andere woorden om alle elementen die nuttig kunnen zijn indien de procureur des Konings achteraf nog een onderzoek zou bevelen.⁴¹³¹ Hierbij kan desgevallend ook gebruik gemaakt worden van foto’s of video’s.

De arts die de organen wegneemt, draagt overeenkomstig artikel 13, § 1, lid 1 Orgaantransplantatiewet de verantwoordelijkheid voor de inhoud van het verslag. Weliswaar

⁴¹²¹ Zie echter: H. NYS en G. VAN BEEUMEN, “Juridische aspecten” in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, Leuven, Acco, 2014, (38) 48, waar wordt gesteld dat het parket dan toch nog een ‘staat niet beschikken lichaam’ kan afleveren.

⁴¹²² Vgl. Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 1984-1985, nr. 832/1, 11.

⁴¹²³ Nederland: art. 17 WOD. Engeland: sec. 11 HTA 2004; Human Tissue Authority Code of practice 2: donation of solid organs for transplantation (2014), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, appendix B1.1, B1.3. en B1.4.

⁴¹²⁴ C. LEMMENS, “De vaststelling en de publiciteit van het overlijden” in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1513) 1550.

⁴¹²⁵ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 1984-1985, nr. 832/1, 10; A. PRIMIS, T. VANSWEEVELT en M. VAN LIL, “Ontwikkeling van het gezondheidsrecht in België”, *Ned. T. Gez.* 1989, (205) 223; B. VAN HAELEWIJCK, *Don d’organes. Don de tissu*, Brussel, Kluwer, 2002, 29; D. DE KEGEL, S. DESMET en P. LORMANS, “Zorgzaam omgaan met orgaandonatie” in L. ANCKAERT en L. MARCELIS (eds.), *Medische zorg en ethiek*, Tielt, Lannoo Campus, 2011, (151) 154.

⁴¹²⁶ B. VAN HAELEWIJCK, *Don d’organes. Don de tissu*, 2002, 29; D. DE KEGEL, S. DESMET en P. LORMANS, o.c. in L. ANCKAERT en L. MARCELIS (eds.), *Medische zorg en ethiek*, 2011, (151) 154.

⁴¹²⁷ B. VAN HAELEWIJCK, *Don d’organes. Don de tissu*, 2002, 29.

⁴¹²⁸ S. TACK, “Leven doorgeven. Een beschrijvend onderzoek naar de prelevatieprocedure bij ‘non-heart-beating’ donoren met specifieke aandacht voor nierdonatie”, *Orpadt forum* 2006, jaargang 7, nr. 1, (20) 22-23.

⁴¹²⁹ Art. 15 Euthanasiewet; C. LEMMENS, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1513) 1553-1554, waar echter discussie blijkt te bestaan. *Contra* Nederland, waar orgaanwegneming na euthanasie als een ‘niet-natuurlijk overlijden’ blijkbaar wél aan het openbaar ministerie gemeld moet worden: G. VAN DIJK *et al.*, “Orgaandonatie na euthanasie bij een patiënt met een neurodegeneratieve aandoening”, *Ned. T. Gen.* 2013, (1) 2.

⁴¹³⁰ C. LEMMENS, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1513) 1553.

⁴¹³¹ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 1984-1985, nr. 832/1, 11; G. BRICMONT, o.c., *JT* 1971, (145) 146.

blijkt in de praktijk de behandelende arts van de donor de gegevens over de oorzaak en de omstandigheden van het overlijden te verstrekken.⁴¹³² Bovendien kan de procureur des Konings krachtens artikel 44 Sv. ook afzonderlijk één of twee artsen de wegneming laten bijwonen om verslag uit te brengen over de doodsoorzaak en de staat van het lijk.⁴¹³³ Verder kunnen de gezondheidsinspecteurs van de FOD Volksgezondheid op basis van artikel 16, lid 6 Orgaantransplantatiewet⁴¹³⁴ en dus los van de strafvervolgning monsters komen nemen en analyses verrichten onder de voorwaarden en op de wijze als door de Koning bepaald. Een uitvoeringsbesluit in die zin werd echter nog niet uitgevaardigd.

c. Onbekende of verdachte doodsoorzaak

881. In geval van een onbekende of verdachte doodsoorzaak, zelfs al is ze ook gewelddadig,⁴¹³⁵ mag krachtens artikel 13, § 2, lid 1 Orgaantransplantatiewet géén orgaanwegneming worden verricht, tenzij de procureur des Konings⁴¹³⁶ daarvan vooraf is ingelicht en er zich niet tegen verzet. Dit is eveneens een deontologisch erkende norm.⁴¹³⁷ Het vereiste van toestemming van de procureur des Konings vormt duidelijk een inperking van het zelfbepalingsrecht van de donor. Het belang van de samenleving bij strafvervolgning wordt hier sterker geacht dan het zelfbepalingsbelang van de donor en het gezondheidsbelang van de kandidaat-ontvangers.⁴¹³⁸

Ten aanzien van ‘onbekende’ doodsoorzaken kan een onderscheid tussen de rechtstreekse en de onrechtstreekse doodsoorzaak worden gemaakt. De rechtstreekse doodsoorzaak betreft m.i. de vraag of aan het neurologische, dan wel het cardio-respiratoire doodsdiagnosecriterium is voldaan.⁴¹³⁹ Dit zal logischerwijze steeds bekend moeten zijn voor orgaanwegneming.⁴¹⁴⁰ De onrechtstreekse en mogelijk onbekende doodsoorzaak betreft dan veeleer de omstandigheden die tot de dood hebben geleid (bv. toediening van slagen met hersenletsel tot gevolg).

Het overlijden kan als ‘verdacht’ worden beschouwd wanneer bv. een studente na een feestje zagezegd al slaapwandeland van het balkon valt⁴¹⁴¹ of bv. een zelfdoding voltrokken is door een kogel in de linkerslaap bij een rechtshandige⁴¹⁴². In dit verband meende de Nationale Raad van de Orde van geneesheren bovendien dat een ernstig vermoeden van een medische of verpleegkundige fout met betrekking tot het overlijden de orgaanwegneming eveneens belet.⁴¹⁴³

⁴¹³² S. TACK, o.c., *Orpadt forum* 2006, jaargang 7, nr. 1, (20) 23-24.

⁴¹³³ Zie ook: S. TACK, o.c., *Orpadt forum* 2006, jaargang 7, nr. 1, (20) 23.

⁴¹³⁴ Zie hierover *supra* Deel III, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 6.

⁴¹³⁵ Memorie van toelichting, *Parl. St. Senaat* 1984-1985, nr. 832/1, 11.

⁴¹³⁶ Het gaat om de procureur des Konings van het arrondissement waar het donorziekenhuis (volgens de wet: ‘de inrichting waarbinnen de orgaanwegneming zal plaatsvinden’) gelegen is.

⁴¹³⁷ Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 20 oktober 1984 betreffende het post-mortem afnemen van organen met het oog op transplantatie – Diagnostiek hersendood, <http://www.ordomedic.be>, bevestigd door Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 11 april 1987 betreffende orgaantransplantatie, <http://www.ordomedic.be>.

⁴¹³⁸ Zie ook: art. 8, § 2 EVRM, waar het ‘voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten’ als een legitiem doel voor inmenging wordt beschouwd; J.B. GRENOUILLEAU, “Commentaire de la loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d’organes”, *D.* 1977, (213) 219; J.K. MASON, o.c. in S.A.M. MCLEAN (ed.), *Contemporary Issues in Law, Medicine and Ethics*, Aldershot, Dartmouth, 1996, (117) 117-118.

⁴¹³⁹ Zie hierover *supra* Hoofdstuk I, Afd. 3, § 1, B.1. en B.2. van dit Deel.

⁴¹⁴⁰ Vgl. art. 14, lid 2 WOD: “(...) Vaststelling van de hersendood vindt slechts plaats in geval van een dodelijk hersenletsel waarvan de oorzaak bekend is (...)”.

⁴¹⁴¹ “Slaapwandelande studente sterft na val van zes meter”, *De Standaard* 18 oktober 2011.

⁴¹⁴² B. VAN HAELEWIJCK, *Don d’organes. Don de tissus*, 2002, 29.

⁴¹⁴³ Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 11 april 1987 betreffende orgaantransplantatie, <http://www.ordomedic.be>. Zie ook: S. TACK, “[commentaar bij de Orgaantransplantatiewet]” in D. FORNACIARI, T. GOFFIN en S. TACK (eds.), *Zorginstellingen in diverse takken van het recht*, in *Larcier Wet en Duiding*, Brussel, Larcier, 2013, (179) 195; C. LEMMENS, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1513) 1552.

882. Artikel 13, § 2, lid 1 Orgaantransplantatiewet valt voor alle duidelijkheid uiteen in twee plichten: de inlichtingsplicht en de onthoudingsplicht.

Ten aanzien van de plicht tot het inlichten van de procureur des Konings wordt niet uitdrukkelijk bepaald wie de verantwoordelijkheid draagt.⁴¹⁴⁴ In de praktijk blijkt men de inlichting over te laten aan de behandelende arts van de potentiële donor.⁴¹⁴⁵ Weliswaar blijkt uit de tekst van de wet en de memorie van toelichting⁴¹⁴⁶ dat de orgaanwegneming verboden is bij gebrek aan voorafgaande inlichting van de procureur, zodat logischerwijze de wegnemende arts verantwoordelijk voor deze inlichting is.

Ten aanzien van de onthoudingsplicht van de wegnemende arts kunnen na het inlichten van de procureur des Konings vier situaties worden onderscheiden. Allereerst kan het zijn dat de procureur uitdrukkelijk met de orgaanwegneming instemt, zodat het zelfbepalingsrecht van de donor kan worden gerespecteerd.

Ten tweede kan het zijn dat de procureur des Konings instemt, maar slechts onder voorwaarde van de aanwezigheid van een arts naar zijn keuze, die zich dan dadelijk naar het ziekenhuis moet begeven (art. 13, § 2, lid 2 Orgaantransplantatiewet; art. 44 Sv.). Deze arts zal de wegneming observeren en er dan verslag over uitbrengen bij de procureur. Hij kan hierbij gebruik maken van foto's en videomateriaal om ten voordele van de wegneming tijdverlies te vermijden. Los van de strafvordering kunnen overigens ook de gezondheidsinspecteurs van de FOD Volksgezondheid monsters komen nemen (art. 16, lid 6 Orgaantransplantatiewet).

Ten derde zou het kunnen dat de procureur niet tijdig een antwoord verschaft. De orgaanwegneming kan dan doorgaan, aangezien artikel 13, § 2, lid 1 Orgaantransplantatiewet niet de toestemming, maar slechts een gebrek aan verzet van de procureur vereist. Wel is m.i. voorzichtigheidshalve aangeraden om een antwoord van de procureur proberen te verkrijgen en bij wegneming zonder uitdrukkelijke toestemming een verslag voor de procureur voor te bereiden naar analogie met artikel 13, § 1 Orgaantransplantatiewet.

Ten slotte kan de procureur des Konings de orgaanwegneming weigeren. Ze mag dan niet plaatsvinden, wat een inmenging in het zelfbepalingsrecht van de donor ten bate van het algemeen belang zou betekenen. Hoewel dergelijke wettelijke inmenging geoorloofd kan zijn,⁴¹⁴⁷ moet ze volgens artikel 8, § 2 EVRM ook proportioneel zijn. In de praktijk blijkt een verzet van de procureur zich zelden voor te doen.⁴¹⁴⁸ Toch kan worden afgevraagd of de Belgische wet wel een geheel bevredigend evenwicht tussen zelfbepaling en strafvervolgning treft. Zo kwam reeds kritiek op een verzet van het openbaar ministerie tegen orgaanwegneming bij een student die slaapwandeland van een balkon was gevallen. Het had beweerdelijk kunnen volstaan om slechts stalen van de organen tijdens de wegneming te nemen.⁴¹⁴⁹ Om dergelijke gemiste orgaanwegnemingskansen te voorkomen, zijn naar buitenlands voorbeeld m.i. twee soorten wetsaanpassingen verdedigbaar. Enerzijds kan hechtere samenwerking tussen transplantatiecentra en het openbaar ministerie gegarandeerd worden via een verplichting tot

⁴¹⁴⁴ Zie ook: H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, Mechelen, Kluwer, 2005, 416.

⁴¹⁴⁵ S. TACK, o.c., *Orpadt forum* 2006, jaargang 7, nr. 1, (20) 23.

⁴¹⁴⁶ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 1984-1985, nr. 832/1, 13.

⁴¹⁴⁷ Zie ook: A.-C. SQUIFFLET, "Le droit face à la pénurie d'organes: quels apports pour quelle efficacité?", *Ann. dr. Louvain* 2011, (357) 390, die het een goed systeem vindt.

⁴¹⁴⁸ *Vr. en Antw.* Kamer 2003-04, 4 mei 2004, (Vr. nr. 173 Y. AVONTROODT); Verslag BROTCCHI en TEMMERMAN, *Parl. St.* Senaat 2010-11, nr. 5-666/3, 22.

⁴¹⁴⁹ "Slaapwandellende studente sterft na val van zes meter", *De Standaard* 18 oktober 2011.

gezamenlijke uitwerking van praktijkrichtlijnen of een *memorandum of understanding*.⁴¹⁵⁰ Anderzijds kan flexibiliteit verzekerd worden door uitdrukkelijk te bepalen dat het verzet beperkt kan worden tot bepaalde organen⁴¹⁵¹ of te vereisen dat het verzet specifiek gemotiveerd wordt,⁴¹⁵² zodat eventuele misverstanden meteen opgehelderd kunnen worden.

C. Gedwongen orgaanwegneming?

1. Het 'plichtsysteem': begrip

883. Hierboven is duidelijk gebleken dat de wil om na overlijden orgaandonor te zijn niet altijd uitgevoerd moet worden. Daarentegen biedt de Orgaantransplantatiewet vooralsnog géén mogelijkheid om het verzet van de donor te miskennen.⁴¹⁵³ In andere rechtstelsels konden evenmin rechtsregels in die zin worden gevonden. Wel gaat het al lang de ronde dat in de praktijk in China gevangenen worden geëxecuteerd met het oog op orgaanwegneming, wat zonder hun vrije toestemming zou gebeuren.⁴¹⁵⁴

Niettegenstaande het gebrek aan wetgeving werd een systeem dat orgaanwegneming zonder enige toestemming of zelfs tegen het verzet van de donor (of zijn naasten) in toelaat, verdedigd door verschillende buitenlandse auteurs.⁴¹⁵⁵ Dergelijk systeem werd hierbij verschillende benamingen gegeven: *organ draft*, *organ conscription*, *routine salvaging*, *mandated organ removal* of *automatic organ availability*. Hier zal worden gesproken van het 'plichtsysteem'. In België werd de discussie hieromtrent voorlopig nog niet echt gevoerd. In een advies van 2012 wees het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek dergelijk systeem al wel af, maar helaas zonder grondige argumentatie.⁴¹⁵⁶ Hieronder zullen de verschillende argumenten *pro* en *contra* uitgebreider worden onderzocht vanuit voornamelijk juridisch perspectief.

2. Het legitiem belang van de ontvangers

884. De wettelijke invoering van een plichtsysteem zou zonder twijfel een inmenging in het zelfbepalingsrecht van de donor zijn. Bijgevolg moet zo'n systeem de toets van artikel 8, § 2 EVRM kunnen doorstaan.⁴¹⁵⁷ Dit vereist allereerst dat de wettelijke inmenging een *legitiem belang* dient. Van alle belangen opgesomd in artikel 8, § 2 EVRM is het plichtsysteem voornamelijk in het belang van de bescherming van de volksgezondheid en de rechten van

⁴¹⁵⁰ Vgl. Human Tissue Authority Code of practice 2: donation of solid organs for transplantation (2014), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, nr. 135; ORGAN DONATION TASKFORCE, "Organs for Transplants. A report from the Organ Donation Taskforce", 2008, www.dh.gov.uk/publications, recommendation 14. Zie in dezelfde zin: EDQM, "Organ Shortage: Current Status and Strategies for the Improvement of Organ Donation – A European Consensus Document", 2003, [http://www.edqm.eu, nr. 4.5.3.; Sec. 22\(a\) en sec. 23 UAGA \(2006\) en ACOT Recommendation 10, www.organdonor.gov](http://www.edqm.eu, nr. 4.5.3.; Sec. 22(a) en sec. 23 UAGA (2006) en ACOT Recommendation 10, www.organdonor.gov) i.v.m. samenwerkingsverplichtingen; M.A. FRUTOS *et al.*, "Profile of Organ Donors Not Authorized for Judicial Reasons", *Transpl. Proc.* 2008, (2879) 2880.

⁴¹⁵¹ Vgl. Circulaire "Aanwijzing orgaandonatie bij niet-natuurlijke dood", <http://wetten.overheid.nl>.

⁴¹⁵² Sec. 23(g) UAGA (2006).

⁴¹⁵³ Dit zou strafbaar zijn: art. 10, § 4 *iuncto* art. 17, § 3 Orgaantransplantatiewet.

⁴¹⁵⁴ WMA Council Resolution on Organ Donation in China (CR-2006-02-2006), <http://www.wma.net>; T.R. JENSEN, *o.c.*, *Hous. J. Int'l L.* 2000, (555) 568.

⁴¹⁵⁵ O.a.: J. KNOTTENBELT, "Transplantatie en toestemming", *WPNR* 1970, 241-244 en 249-251; J. HARRIS, "Organ procurement: dead interests, living needs", *J. Med. Ethics* 2003, 130-134; H.E. EMSON, "It is immoral to require consent for cadaver organ donation", *J. Med. Ethics* 2003, 125-127; A. SPITAL en J.S. TAYLOR, *o.c.*, *Transplantation* 2008, 1632; D.B. HERSHENOV en J.J. DELANEY, "Mandatory Autopsies and Organ Conscription", *Kennedy Institute of Ethics Journal* 2009, vol. 19, nr. 4, 367-391; A.J. CRONIN, *o.c.* in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2008, (99) 101 en 108-109.

⁴¹⁵⁶ Advies nr. 54 van 10 december 2012 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek betreffende de toestemming tot wegneming *post mortem* van menselijk lichaamsmateriaal met het oog op de geneeskundige toepassing op de mens of het wetenschappelijk onderzoek, [⁴¹⁵⁷ Zie over artikel 8 EVRM reeds *supra* § 1, B.1. van deze Afdeling en Deel IV, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, C.](http://www.health.belgium.be, 42. Zie voorheen ook al: A. DEMOOR, o.c., Jura Falc. 1976-77, (69) 81.</p></div><div data-bbox=)

anderen, met name die van de kandidaat-transplantatiepatiënten.⁴¹⁵⁸ Van alle beslissystemen zou het plichtsysteem het grootste aantal transplanteerbare organen opleveren.⁴¹⁵⁹ Het elimineert tenslotte het individueel verzet als beperkende factor.

885. Via het belang van de orgaanontvangers worden onrechtstreeks ook andere legitieme belangen gediend. Zo kan gedacht worden aan het ‘economisch welzijn van het land’. Door een verhoging in het aantal (nier)transplantaties kan het sociale zekerheidssysteem aanzienlijk besparen op de hoge dialysekosten.⁴¹⁶⁰ Bovendien is het plichtsysteem eenvoudig en goedkoop. In tegenstelling tot andere beslissysteem zal niet geïnvesteerd moeten worden in wilsregistratievoorzieningen e.d., wat wederom een kostenbesparing zou zijn.⁴¹⁶¹

Een ander legitiem belang dat bij een plichtsysteem onrechtstreeks gediend wordt is de gezondheid en het recht op fysieke integriteit van de levende donoren. Doordat er meer organen zijn, moeten minder levenden de gezondheidsrisico’s van orgaanwegnemig bij leven ondergaan.⁴¹⁶²

3. De evenredigheidsafweging

886. De inperking van zelfbepalingsrecht van de donor moet vervolgens overeenkomstig artikel 8, § 2 EVRM ook evenredig zijn aan het beoogde doel. Dit komt in essentie neer op een waardenafweging tussen de belangen van de levende patiënten en het belang van de overleden donor. Ten voordele van het plichtsysteem kan m.i. samen met de minderheidstrekking gesteld worden dat de belangen van de levenden toch voorrang moeten krijgen op de belangen van overledenen. Door de orgaanwegneming zal de overledene immers geen enkel fysiek nadeel voor de gezondheid ondervinden. Hoogstens is er het louter morele belang (van de samenleving) bij de garantie dat men de wil van het individu omtrent het behandelen van zijn lijk na de dood zal respecteren.⁴¹⁶³ Dit belang is bezwaarlijk sterk genoeg om op te wegen tegen de fysieke gezondheidsbelangen van de (vaak meerdere) patiënten die dankzij de orgaanwegneming gered of geholpen kunnen worden.⁴¹⁶⁴ De onrechtstreekse belangen die via orgaantransplantatie worden gediend,⁴¹⁶⁵ versterken dit argument.

Aansluitend kan hier nog een coherentieargument worden aangevoerd. Juridisch wordt namelijk wél aanvaard dat het uitnemen van lichaamsmateriaal in het raam van een politionele

⁴¹⁵⁸ Zo kan voor het levensbelang van de ontvanger ook verwezen worden naar het recht op leven van art. 2 EVRM: Trib. Féd. Zwitserland 16 april 1997, *RUDH* 1997, 286; A.J. CRONIN en J. HARRIS, “Authorisation, altruism and compulsion in the organ donation debate”, *J. Med. Ethics* 2010, (627) 629.

⁴¹⁵⁹ A.J. KOLBER, “A Matter of Priority: Transplanting Organs Preferentially to Registered Donors”, *Rutgers L. Rev.* 2002-2003, (671) 691 en 695; A. SPITAL, o.c., *Kidney Int.* 2006, 607; A. SPITAL en J.S. TAYLOR, o.c., *Transplantation* 2008, 1632; F. BILGEL, *The law and economics of organ procurement*, 2011, 24-25; D. WILKINSON en J. SAVULESCU, o.c., *Bioethics* 2012, (32) 46; H.D.C. ROSCAM ABBING, “Organ donation, the legal framework”, *Health Policy* 1990, (105) 107. Zie ook: A.J. CRONIN, o.c. in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2008, (99) 109.

⁴¹⁶⁰ Cf. *supra* Deel IV, Hoofdstuk IV, Afd. 1, § 3, B.2.a.

⁴¹⁶¹ F. BILGEL, *The law and economics of organ procurement*, 2011, 25; J. KNOTTENBELT, o.c., *WPNR* 1970, (241) 250.

⁴¹⁶² Vgl. A. SPITAL, o.c., *Kidney Int.* 2006, 607.

⁴¹⁶³ Zie ook al *supra* § 1, B.1. van deze Afdeling.

⁴¹⁶⁴ Zo of in dezelfde zin: J. KNOTTENBELT, o.c., *WPNR* 1970, (241) 243 en 249-250, die organen zelfs beschouwt als gemeenschapsgoederen; J. HARRIS, o.c., *J. Med. Ethics* 2003, (130) 130-133, die organen eveneens als *public goods* beschouwt; H.E. EMSON, o.c., *J. Med. Ethics* 2003, 125-127; A. SPITAL, o.c., *Kidney Int.* 2006, 607; J. HERRING, *Medical law and ethics*, 2006, 361-362 en 379-380; A. SPITAL en J.S. TAYLOR, o.c., *Transplantation* 2008, 1632; A.J. CRONIN en J. HARRIS, o.c., *J. Med. Ethics* 2010, (627) 629 (expliciet in het raam van art. 8 EVRM). Zie ook voorzichtig: J.F. CHILDRESS, o.c. in J.F. BLUMSTEIN en F.A. SLOAN (eds.), *Organ transplantation policy*, 1989, (87) 98-99; A.J. KOLBER, o.c., *Rutgers L. Rev.* 2002-2003, (671) 692-695; A.J. CRONIN, o.c. in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2008, (99) 108-109. Zie ook al: Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220-9, 40, waar kort werd opgemerkt dat de christelijke beschaving het leven als waarde boven de dood stelt.

⁴¹⁶⁵ Zie vorig randnummer.

autopsie zonder toestemming en zelfs tegen het verzet van de betrokkene (of zijn naasten) mag plaatsvinden. Dit wordt gerechtvaardigd op basis van het maatschappelijk belang van strafvervolgning.⁴¹⁶⁶ Er kan worden gesteld dat het gezondheidsbelang van kandidaat-ontvangers minstens even groot is als het belang van strafvervolgning, zodat eenzelfde plichtsysteem moet gelden.⁴¹⁶⁷

Ten slotte merkte A. Spital nog op dat een plichtsysteem tot meer (distributieve) rechtvaardigheid leidt omdat er geen *free-riders* meer zullen zijn.⁴¹⁶⁸

887. De meeste auteurs maken echter een andere waardenafweging, die *contra* het plichtsysteem uitdraait. Ze vinden namelijk het maatschappelijke belang van de individuele vrijheid van de donor té belangrijk om zijn zelfbepalingsrecht volledig opzij te kunnen zetten voor orgaantransplantatie.⁴¹⁶⁹ Hierbij wordt er ook op gewezen dat de huidige (individualistische) samenleving vasthoudt aan de visie dat men autonoom moet kunnen beslissen en dus een plichtsysteem niet zal aanvaarden.⁴¹⁷⁰ Zo blijkt ook voor België zo'n 80% van de bevolking te vinden dat men zelf over orgaanwegname moet kunnen beslissen, hoewel blijkbaar slechts een minderheid zich uiteindelijk effectief wenst te verzetten.⁴¹⁷¹

888. Enkele juristen lijken gelukkig nog een tussenpositie te willen innemen. Ze stellen dat orgaanwegname zonder toestemming of bij verzet van de donor *enkel* mogelijk is in geval van noodtoestand, met name indien de orgaanwegname nodig is om een of meerdere levens te redden.⁴¹⁷² Strikt genomen zou dit nierwegname doorgaans uitsluiten, omdat de meeste

⁴¹⁶⁶ J. PETIT, o.c., *VI. T. Gez.* 1983-84, (109) 110; T. VANSWEEVELT, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1559) 1597.

⁴¹⁶⁷ J. KNOTTENBELT, o.c., *WPNR* 1970, (241) 243 en 250; J. HARRIS, o.c., *J. Med. Ethics* 2003, (130) 130-133; A. SPITAL, o.c., *Kidney Int.* 2006, 607; A. SPITAL en J.S. TAYLOR, o.c., *Transplantation* 2008, 1632; D.B. HERSHENOV en J.J. DELANEY, o.c., *Kennedy Institute of Ethics Journal* 2009, vol. 19, nr. 4, (367) 367-384, waar een zeer uitvoerige vergelijking werd gemaakt. *Contra*: B. SLUYTERS, o.c., *WPNR* 1970, (363) 365-366.

⁴¹⁶⁸ A. SPITAL, o.c., *Kidney Int.* 2006, 607.

⁴¹⁶⁹ Zie o.a.: B. SLUYTERS, "Transplantatie en toestemming: een commentaar", *WPNR* 1970, (363) 364; A. DEMOOR, o.c., *Jura Falc.* 1976-77, (69) 81; W.J.M. DEKKERS, o.c. in V.G.H.J. KIRKELS (ed.), *Transplantatie en mensbeeld*, 1992, (68) 85-86; J.M. DENNIS *et al.*, "An Evaluation Of The Ethics Of Presumed Consent And A Proposal Based On Required Response", 1993, <http://optn.transplant.hrsa.gov>; G. PENNING, "Ethics of organ retrieval" in Y. ENGLERT (ed.), *Organ and Tissue Transplantation in the European Union: Management of Difficulties and Health Risks Linked to Donors*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, (166) 167; G.J. BANKS, o.c., *Am. J.L. & Med.* 1995, (45) 72; Trib. Féd. Zwitserland 16 april 1997, *RUDH* 1997, 286 (expliciet in het raam van art. 8 EVRM); T.R. JENSEN, o.c., *Hous. J. Int'l L.* 2000, (555) 568 en 573-574; P. CHOUHAN en H. DRAPER, o.c., *J. Med. Ethics* 2003, (157) 159 en 160; W. GLANNON, o.c., *J. Med. Ethics* 2003, 153-156, die via een beroep op de notie van 'posthumous harm' de titelvraag negatief beantwoordt; D. PRICE, o.c., *Med. L. Rev.* 2003, (1) 25; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, 467; F. BILGEL, *The law and economics of organ procurement*, 2011, 25-26 en 151. Zie ook zonder duidelijke belangenafweging: E.D. HIRSCH BALLIN, *Juridische aspecten van orgaantransplantaties*, Deventer, Kluwer, 1968, 14-15; C. WILLIAMS, "Combating the problems of human rights abuses and inadequate organ supply through presumed donative consent", *Case W. Res. J. Int'l L.* 1994, (315) 344; B. SAUNDERS, "Opt-out organ donation without presumptions", *J. Med. Ethics* 2012, (69) 70; N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nrs. 129-131.

⁴¹⁷⁰ In die zin: A.C. MACDONALD, "Organ donation: the time has come to refocus the ethical spotlight", *Stan. L. & Pol'y Rev.* 1997, (177) 181; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 83-84; A.A.P. GARWOOD-GOWERS en S. OLSENA, o.c. in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J.V. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2011, (148) 152; S.A.M. MCLEAN, *Autonomy, consent and the law*, 2010, 205-206 en zie ook 210-211; A. CRONIN, "Making the margins mainstream: strategies to maximise the donor pool" in A.-M. FARRELL, D. PRICE en M. QUIGLEY (eds.), *Organ shortage: ethics, law, and pragmatism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, (104) 119-120; D. WILKINSON en J. SAVULESCU, o.c., *Bioethics* 2012, (32) 40 en 44.

⁴¹⁷¹ L. ROELS *et al.*, "A Survey on Attitudes to Organ Donation Among Three Generations in a Country With 10 Years of Presumed Consent Legislation", *Transpl. Proc.* 1997, vol. 29, 3224-3225.

⁴¹⁷² J. PY, "À propos des greffes du coeur: garanties juridiques indispensables pour les greffes d'organes", *Gaz. Pal.* 1968, (84) 86; H.J.J. LEENEN, o.c., *NJB* 1978, (871) 875; P. ARNOU, "De strafrechtelijke immuniteit van de medicus. Grondslag en grenzen", *Jura Falc.* 1979-80, (431) 435-436; E. DIRIX, o.c. in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, 1982, (35) 73; N. HOPPE en J. MIOLA, *Medical Law and Medical Ethics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, 229. Zie ook voorzichtig: J.F. CHILDRESS, o.c. in J.F. BLUMSTEIN en F.A. SLOAN (eds.), *Organ transplantation policy*, 1989, (87) 98-99.

nierinsufficiëntiepatiënten dankzij dialyse in leven kunnen worden gehouden.⁴¹⁷³ Niettemin zullen er wegens het huidige orgaantekort vaak wel patiënten zijn voor wie transplantatie van een orgaan levensnoodzakelijk is.

De noodtoestand wordt in België algemeen aanvaard als rechtvaardigingsgrond⁴¹⁷⁴ en zou dus kunnen dienen om bestraffing wegens het misdrijf van orgaanwegneming bij verzet (art. 10, § 4 *iuncto* art. 17, § 3, lid 1 Orgaantransplantatiewet) te vermijden. Gelet op het grote belang van individuele autonomie in onze samenleving en de duidelijke regel van artikel 10, § 4 is het echter onwaarschijnlijk of een rechter het argument van de noodtoestand hier zal durven aanvaarden. Deze oplossing biedt de artsen dus vooralsnog niet de nodige rechtszekerheid voor een stabiele praktijk.

Toch lijkt sommige rechtspraak de stelling dat de belangen van de levende patiënten voorrang verdienen, wel enigszins genegen te zijn. Zo werd al tweemaal in geval van wegneming zonder toestemming aansprakelijkheid vastgesteld, maar werd telkens slechts 1 frank/euro morele schadevergoeding toegekend. De rechters motiveerden dit op basis van het “*caractère tout à fait particulier*” van de zaak, waarbij het ‘respectabele’ oogmerk van de orgaanwegneming ter behandeling van de levenden tegenover de symbolische waarde van het stoffelijk overschot van de donor werd geplaatst.⁴¹⁷⁵ In strafzaken zouden deze overwegingen eveneens kunnen worden aangevoerd als verzachtende omstandigheid (art. 79 e.v. Sw.).

4. Voorstel tot aanhoudende reflectie

889. Als eindbalans kan m.i. besloten worden dat *de lege ferenda* sterke normatieve argumenten vóór een plichtsysteem ten aanzien van de overleden donor pleiten, maar dat dit systeem wegens gebrek aan ruime, publieke steun voorlopig niet haalbaar is.⁴¹⁷⁶ Als er al een meerderheid onder de volksvertegenwoordigers zou worden bereikt om dergelijk plichtsysteem wettelijk goed te keuren, dan dreigt het gebrek aan ruime steun tot een klimaat van wantrouwen tegenover artsen bij de levenseindezorg te leiden.⁴¹⁷⁷ Dit zou de evenredigheid van het plichtsysteem alsnog kunnen ondermijnen. Dit geldt des te meer nu België reeds een grote bereidheid tot donatie na overlijden kent,⁴¹⁷⁸ zodat het plichtsysteem slechts een relatief beperkte ‘winst’ zou meebrengen. De juridische benadering die voorlopig het dichtst in de buurt van zo’n systeem komt en al wel haalbaar blijkt, is het temperen van de morele schadevergoeding of van de strafmaat voor orgaanwegneming zonder toestemming.

Dit wil nog niet zeggen dat het plichtsysteem ten aanzien van de overleden donor compleet van tafel moet worden geveegd.⁴¹⁷⁹ Verder onderzoek is nodig om specifiek na te gaan waarom het publiek tegen dergelijk plichtsysteem gekant is. Mogelijk zal dit te maken hebben met de vrees dat artsen met de ‘blanco cheque’ van het plichtsysteem niet meer conform artikel 12 Orgaantransplantatiewet het nodige respect voor het lijk en de gevoelens van de

⁴¹⁷³ Zie al *supra* Deel IV, Hoofdstuk IV, § 3, A.4.b.

⁴¹⁷⁴ Zie over de voorwaarden van deze rechtvaardigingsgrond reeds *supra* Deel IV, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, D.1.

⁴¹⁷⁵ Rb. Charleroi 2 april 1993, *RGAR* 1994, 12.315; Rb. Brussel 15 maart 2002, *T. Gez.* 2003, 327.

⁴¹⁷⁶ Vgl. A. CRONIN, o.c. in A.-M. FARRELL, D. PRICE en M. QUIGLEY (eds.), *Organ shortage*, 2011, (104) 119-120.

⁴¹⁷⁷ In die zin: W.L. ANDERSON en J.D. COPELAND, o.c., *J. Mo. B.* 1994, (139) 143; P. CHOUHAN en H. DRAPER, o.c., *J. Med. Ethics* 2003, (157) 159 en 160; A. TIBELL, “Author’s Reply: Reconsidering the Consent Requirement for Organ Recovery After Death”, *Transplantation* 2008, 1632-1633; M. NAVARRO-MICHEL, “Institutional organisation and transplanting the ‘Spanish Model’” in A.-M. FARRELL, D. PRICE en M. QUIGLEY (eds.), *Organ shortage*, 2011, (151) 160-161; R. MATESANZ *et al.*, “Spanish experience as a leading country: what kind of measures were taken?”, *Transpl. Int.* 2011, (333) 334; D. WILKINSON en J. SAVULESCU, o.c., *Bioethics* 2012, (32) 40 en 44; W. GLANNON, o.c., *J. Med. Ethics* 2003, (153) 155.

⁴¹⁷⁸ Zie *infra* Afd. 3, § 2, A.2.b van dit Hoofdstuk, alsook Hoofdstuk IV, Afd. 2, § 2, A van dit Deel.

⁴¹⁷⁹ Zie ook: Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220-9, 40, waar werd gesteld dat verplichte afstand van organen in de toekomst misschien ooit het geval zou kunnen zijn.

familie zullen opbrengen.⁴¹⁸⁰ Er zou dan verder concreet moeten worden onderzocht of het plichtsysteem kan worden omringd met maatregelen die een respectvolle behandeling van het lijk in de praktijk effectief kunnen waarborgen. Pas na dergelijk onderzoek én een negatief onderzoeksresultaat mag het plichtsysteem definitief worden afgewezen.

Kortom, het lijkt nog te vroeg voor de invoering van een plichtsysteem. Maar zoals Spital al schreef: het is wel “*time to start talking about it*”.⁴¹⁸¹

Afdeling 3. Zeggenschap van de naasten

890. De regelgeving over orgaanwegneming betreft verder een aantal personen die behoren tot de sociale kring rond de donor. Ze vermeldt allereerst de *familie* van de donor,⁴¹⁸² wat beperkt lijkt te zijn tot de bloedverwanten van de donor of de niet-bloedverwanten uit zijn gezin. Verder vermeldt ze ook de *naasten* van de donor,⁴¹⁸³ wat iedereen met een hechte emotionele band met de donor kan betreffen (synoniem: naastbestaanden). Ook wordt soms van *betrokken personen* gesproken,⁴¹⁸⁴ wat eveneens een ruime categorie is, maar minder duidelijk een hechte band met de donor impliceert. Daarnaast komen ook enkele afgebakende juridische hoedanigheden aan bod, namelijk de *ouders*, de *voogd*, de *wettelijke vertegenwoordiger* en de *bewindvoerder*.⁴¹⁸⁵ Vroeger vermeldde de wet overigens ook nog de *nabestaanden*, waarmee slechts een deel van de ruimere juridische categorie van erfgenamen werd bedoeld.⁴¹⁸⁶ Het gebrek aan uniforme terminologie maakt een analyse zeker niet gemakkelijker. Hierna zal vooral geconcentreerd worden op de *naasten* van de donor. Deze categorie is immers voldoende ruim en impliceert een duidelijk belang, wat een brede normatieve analyse toelaat.

Grosso modo zou de zeggenschap van deze naasten omtrent het lijk van de donor op twee manieren juridisch kunnen worden ingekleed.⁴¹⁸⁷ Enerzijds kunnen de naasten een soort van *vertegenwoordigingsrecht* worden toegekend, waarmee ze slechts conform de wensen van de overledene aanspraak kunnen maken op een bepaalde wijze van behandeling van het lijk (§ 1). Het vertegenwoordigingsrecht versterkt m.a.w. noodzakelijkerwijze de autonomie van de donor door ze na zijn overlijden te laten doorwerken. Anderzijds kunnen de naasten een *zelfbepalingsrecht* worden toegekend, waarmee ze hun eigen wensen aangaande de behandeling van het lijk van de donor kunnen laten gelden (§ 2). Dergelijk recht zal niet noodzakelijk de autonomie van de donor versterken. Dit recht zou namelijk het zelfbepalingsrecht van de donor kunnen beperken, wanneer de wensen van de naasten niet met de wensen van de donor samenvallen. Beide opties worden hieronder onderzocht met het oog op een voorstel tot verbetering (§ 3).

⁴¹⁸⁰ Vgl. J. KNOTTENBELT, *o.c.*, *WPNR* 1970, (241) 243 en 251 (over de slordige afwerking van het lijk); P. CHOUHAN en H. DRAPER, *o.c.*, *J. Med. Ethics* 2003, (157) 159 en 160.

⁴¹⁸¹ A. SPITAL, *o.c.*, *Kidney Int.* 2006, 607. Vgl. ook: A.J. CRONIN en J. HARRIS, *o.c.*, *J. Med. Ethics* 2010, (627) 628 en 630.

⁴¹⁸² Art. 3^{ter}, § 2, lid 1 en art. 12 Orgaantransplantatiewet; art. 10/6, lid 2 KB Transplantatiecentra; art. 13, 5° en 6° KB Donorcoördinatie.

⁴¹⁸³ Art. 4, § 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet. Zie ook de term ‘naaste verwant’ in art. 10, § 2, lid 4 van deze wet.

⁴¹⁸⁴ Art. 10/6, lid 2 KB Transplantatiecentra; art. 13, 5° en 6° KB Donorcoördinatie.

⁴¹⁸⁵ Art. 10, § 2, lid 2, 3 en 4 Orgaantransplantatiewet.

⁴¹⁸⁶ Oud art. 10, § 4, 3° Orgaantransplantatiewet (verwanten van de eerste graad en de samenlevende echtgenoot). Vgl. art. 720 e.v. BW.

⁴¹⁸⁷ Zie o.a.: J.E.M. AKVELD, *Transplantatie en wetgeving*, 1987, 122-123; W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 123; J. HERRING, *Medical law and ethics*, 2006, 382-383.

§ 1. VERTEGENWOORDIGINGSRECHT VAN DE NAASTEN

A. Algemene grondslagen

891. Vanuit mensenrechtelijk perspectief kan allereerst opnieuw het arrest *Petrova v. Letland* van het EHRM worden aangehaald.⁴¹⁸⁸ Zoals gezegd, betrof deze zaak de wegneming van organen (nl. nieren en milt) bij een overleden verkeersslachtoffer zonder zijn uitdrukkelijke toestemming. Hierbij werd S. Petrova, de moeder van het slachtoffer, evenmin om toestemming gevraagd, hoewel ze in permanent contact met de artsen stond. Na een veeleer terughoudende analyse⁴¹⁸⁹ overwoog het EHRM dat de omstandigheden van de zaak een schending van het recht van Petrova op eerbiediging van haar privéleven in de zin van artikel 8 EVRM uitmaakten. Helaas gaf het Europese Hof hierbij niet duidelijk aan of artikel 8 EVRM nu een waarborg biedt voor een recht op afdwingbaarheid van de eigen wensen, dan wel slechts een recht om de wensen van de overledene te vertolken en af te dwingen.

Volgens rechter Wojtyczek moet de uitspraak in de zaak *Petrova* overeenkomstig deze laatste optie worden geïnterpreteerd. Zo stelde hij in zijn *concurring opinion* bij dit arrest: “*The right of the relative of a deceased person to object to transplantation is not her or his own personal right, and may not be exercised ad libitum. In such situations, the relatives do not act as autonomous right-holders, but as depositaries of a right which belonged to the deceased person. They should exercise this right according to the wishes of the deceased. (...) protection of family life under Article 8 of the Convention encompasses the right to respect for the dignity of a deceased close relative. (...) Her right was violated not because she could not assert a personal entitlement to decide on transplantation of her son’s organs, but because she was denied the possibility to express her son’s wishes.*” Hij poneerde deze visie opnieuw in zijn *concurring opinion* bij het arrest *Elberte*, dat eveneens wegneming zonder toestemming en een schending van artikel 8 EVRM betrof.⁴¹⁹⁰ Ook de memorie van toelichting bij artikel 17 Transplantatieprotocol EVRM-Bio pleit voor dergelijk vertegenwoordigingsrecht, hoewel ze erkent dat lidstaten anders kunnen bepalen in hun nationale wetgeving.⁴¹⁹¹

892. Terwijl het EHRM voorlopig warm noch koud blaast, wordt het vertegenwoordigingsrecht van de naasten al wel ruim aanvaard in het Belgische privaatrecht. Reeds in het befaamde *Libert*-arrest maakte het Hof van Cassatie duidelijk dat “(...) *en cas de conflit entre ceux qui disputent le droit de présider à des funérailles, le juge doit assurer la stricte exécution des volontés du défunt*” én dat deze wil door de naasten (*in casu* de ouders) kan worden aangetoond en afgedwongen.⁴¹⁹² Deze opvatting werd expliciet of impliciet bevestigd in latere rechtspraak.⁴¹⁹³ Ook de rechtsleer erkent unaniem het

⁴¹⁸⁸ EHRM, *Petrova v. Latvia*, 2014, <http://hudoc.echr.coe.int>.

⁴¹⁸⁹ Zie voor een uitvoerigere bespreking van dit arrest *infra* § 2, A.1.

⁴¹⁹⁰ EHRM, *Elberte v. Latvia*, 2015, <http://hudoc.echr.coe.int>. Vgl. ook: ORGAN DONATION TASKFORCE, *The potential impact of an opt out system for organ donation in the UK*, 2008, www.odt.nhs.uk, 12.

⁴¹⁹¹ Memorie van toelichting Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 102. Zie ook: WMA Statement on Human Organ Donation and Transplantation (S-2000-01-2006); WMA Council Resolution on Organ Donation in China (CR-2006-02-2006); WMA Statement on Organ and Tissue Donation (S-2012-04-2012).

⁴¹⁹² Cass. 3 juli 1899, *Pas.* 1899, I, 318, concl. MESDACH DE TER KIELE. Zie ook: C. TROUET, *Van lichaam naar lichaamsmateriaal*, 2003, 61-62 en 64. Vgl. Cass. fr. 31 maart 1886, *D.* 1886, I, 451, noot.

⁴¹⁹³ Zie over lijkebezorging: Rb. Kortrijk 18 maart 1949, *RW* 1952-53, 1371; Brussel 19 maart 1968, *Pas.* 1968, II, 176; Rb. Brussel 17 juli 1979, *JT* 1980, 27, noot J.-P. MASSON; Rb. Brussel 7 december 1983, *JT* 1984, 283, noot J.-P. MASSON; Rb. Antwerpen 26 februari 1987, *TBBR* 1987, 76; Rb. Luik 17 oktober 1989, *JLMB* 1989, 1382; Rb. Antwerpen (KG) 19 mei 1995, *RW* 1995-96, 756; Rb. Namen (KG) 10 september 2003, *JT* 2003, 888. Zie over wegneming van lichaamsmateriaal: Rb. Charleroi 2 april 1993, *RGAR* 1994, 12.315, waar o.a. werd geoordeeld dat het feit dat nabestaanden zich in informele gespreken positief t.a.v. orgaanwegneming uitlieten, niet volstaat omdat dit niets zegt over de mening van de overledene.

vertegenwoordigingsrecht van de naasten. In het raam van lijkbezorging wordt doorgaans gesproken van het ‘verwantenvoorrecht’.⁴¹⁹⁴ Meer algemeen kan het vertegenwoordigingsrecht juridisch gekwalificeerd worden als een *persoonlijkheidsrecht* van de naasten om vanuit een persoonlijk, moreel belang in eigen naam de nagedachtenis van de overledene te beschermen door diens wil na zijn dood te doen respecteren.⁴¹⁹⁵ Dit belang is m.a.w. een essentieel attribuut van de persoonlijkheid van de naasten.⁴¹⁹⁶

Weliswaar vindt dit persoonlijk vertegenwoordigingsrecht van de naasten paradoxaal genoeg zijn achterliggende rechtvaardiging in het zelfbepalingsrecht van de overleden persoon, *in casu* de donor. Zoals verdedigd, kan ieder persoon binnnen bepaalde grenzen tijdens zijn leven beslissen wat er met zijn eigen lijk zal gebeuren, maar verdwijnt dit recht, samen met de persoon als titularis, vanaf het intreden van de dood. De overledene kan zijn zelfbepalingsrecht dan niet meer uitoefenen of de daarop gebaseerde wensen niet meer zelf vorderen. Één van de manieren om dit recht in het belang van de samenleving alsnog te handhaven, is via de erkenning van een vertegenwoordigingsrecht van andere, levende personen.⁴¹⁹⁷ Aangezien dit recht ertoe strekt om de wil van de overledene te doen afdwingen, moet het logischerwijze worden toegekend aan zij die deze wil het beste kennen. Wegens hun solidariteit en affectieve verbondenheid met de overledene kan in principe geacht worden dat dit de naasten van de overledene zijn, en dan vooral zijn nabije familieleden.⁴¹⁹⁸

Deze redenering is evenwel feilbaar. Vermoed als de wensen van de overledene zouden de naasten in werkelijkheid evengoed hun eigen wensen of een foutieve veronderstelling van de onbekende wensen van de overledene kunnen vertolken.⁴¹⁹⁹ Zonder objectieve toerekenbare wilsuiting van de overledene valt dit vrijwel onmogelijk te controleren. Door dit bewijsprobleem verzekert het vertegenwoordigingsrecht van de naasten dus niet steeds dat het zelfbepalingsrecht van de overleden persoon op zijn lijk wordt gerespecteerd.

⁴¹⁹⁴ J. DE BRUYNE, *o.c.*, *RW* 1960-61, (823) 823 en 827-829 en 831; R. DIERKENS, *Lichaam en lijk*, 1962, 141 en 177-179; T. VANSWEEVELT, “Art. 12 Orgaantransplantatiewet” in *Comm. Pers.*, 2007, currens, 1, waar de voorkeur aan de ruimere term ‘naastenvoorrecht’ wordt gegeven; F. SWENNEN, *o.c.*, *TPR* 2013, (1489) 1509; T. VANSWEEVELT, *o.c.* in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1559) 1584.

⁴¹⁹⁵ E. GULDIX, *De persoonlijkheidsrechten, de persoonlijke levenssfeer en het priveleven in hun onderling verband*, 1986, nrs. 574, 576-578, 581, 587-589, 664 en 675; S. CALLENS, *Goed geregeld? Het gebruik van medische gegevens voor onderzoek*, 1995, 62; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2005, 35 (voetnoot 16) en 122; F. SWENNEN, *o.c.*, *TPR* 2013, (1489) 1509-1515 en 1519-1521; T. VANSWEEVELT, *o.c.* in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1559) 1566 en 1582; N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nr. 58 en 120. *Contra* sommige auteurs die lijken te stellen dat het recht van de naasten een uitoefening van het extra-patrimoniale recht van de overledene op lijkbestemming is: J. DE BRUYNE, *o.c.*, *RW* 1960-61, (823) 823 en 827-829 en 831; C.F. WERY, *o.c.*, *Ars Aequi* 1976, (305) 306-307.

⁴¹⁹⁶ *Cf.* de omschrijving van persoonlijkheidsrechten *supra* in Deel IV, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, C.1.

⁴¹⁹⁷ Het vertegenwoordigingsrecht is dus voor alle duidelijkheid geenszins een vorm van lastgeving tot het stellen van rechtshandelingen in naam en voor rekening van de overledene, aangezien iedere lastgeving eindigt bij het overlijden (art. 2003 BW).

⁴¹⁹⁸ Volgens dergelijke redenering o.a.: Rb. Kortrijk 18 maart 1949, *RW* 1952-53, 1371; Rb. Brussel 7 december 1983, *JT* 1984, 283, noot J.-P. MASSON; Rb. Antwerpen 26 februari 1987, *TBBR* 1987, 76; Rb. Luik 17 oktober 1989, *JLMB* 1989, 1382; Rb. Charleroi 2 april 1993, *RGAR* 1994, 12.315 (specifiek over wegneming van lichaamsmateriaal); Rb. Antwerpen (KG) 19 mei 1995, *RW* 1995-96, 756; Rb. Namen (KG) 10 september 2003, *JT* 2003, 888; J. DE BRUYNE, *o.c.*, *RW* 1960-61, (823) 823 en 827-829 en 831; R. DIERKENS, *Lichaam en lijk*, 1962, 177-178 en 182; E. GULDIX, *De persoonlijkheidsrechten, de persoonlijke levenssfeer en het priveleven in hun onderling verband*, 1986, nrs. 581, 594-595 en 664; X. LABBÉE, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, 1990, 303; P. DELNOY, *o.c.* in J.-L. RENCHON (ed.), *Les droits de la personnalité*, 2009, (281) 292-293, die spreekt van de theorie van ‘voortzetting van de persoon’.

⁴¹⁹⁹ Zie specifiek over orgaanwegneming: R.C. HESSING, *o.c.*, *TvGR* 1986, (340) 340; J.E.M. AKVELD, *Transplantatie en wetgeving*, 1987, 129; W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaantransplantaties*, 1992, 221; N. NEFUSSY-LEROY, *Organes humains: prélèvements, dons, transplantations*, Parijs, Eska, 1999, 75-76; D. THOUVENIN, “L’organisation de l’activité de transplantation d’organes par les règles juridiques” in R. CARVAIS en M. SASPORTES (eds.), *La greffe humaine*, 2000, (643) 656; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 115; L. CHERKASSKY, “Presumed Consent in Organ Donation: Is the Duty Finally upon Us?”, *EJHL* 2010, (149) 152; H. YOUNG, *o.c.*, *Marq. Elder’s Advisor* 2013, (197) 225-226; A. GARWOOD-GOWERS, *o.c.*, *EJHL* 2013, (383) 383-384 en 385; D.G. ORENSTEIN en L.M. BETTINI, “Flipping the light switch: new perspectives on default to donation for organs and tissues”, *Annals Health L.* 2014, (141) 155; N. BROECKX, “Artikel 8 EVRM en het verzetsrecht van de nabestaanden bij orgaanwegneming *post mortem*” (noot onder EHRM 24 juni 2014, Petrova/Letland), *T. Gez.* 2014-15, (122).

B. Specifieke grondslag in de Orgaantransplantatiewet

1. De geest van de wet

893. De tekst van de Orgaantransplantatiewet bevat vooralsnog geen uitdrukkelijke bevestiging van het vertegenwoordigingsrecht van de naasten inzake orgaanwegneming na overlijden.

Toch kan wel uit de wetsgeschiedenis en de geest van de wet de erkenning van dergelijk vertegenwoordigingsrecht worden afgeleid. Oorspronkelijk bepaalde het oud artikel 10, § 4, 3° Orgaantransplantatiewet dat de arts geen orgaanwegneming mag uitvoeren “*wanneer hem verzet is meegedeeld door een nabestaande. Dit verzet kan niet worden tegengeworpen aan een uitdrukkelijke wilsbeschikking van de donor.*” Over de juiste draagwijdte van deze bepaling bestond discussie. Terwijl sommige auteurs m.i. terecht meenden dat het om een *eigen* vetorecht van de nabestaanden ging,⁴²⁰⁰ stelden anderen dat dit de nabestaanden slechts toeliet om het verzet *van de donor* te verkondigen⁴²⁰¹. Met de wet van 25 februari 2007⁴²⁰² heeft de wetgever deze bepaling uiteindelijk geschrapt om de families niet meer voor de moeilijke keuze over orgaanwegneming te plaatsen. De wetgever wenste zo klaarblijkelijk dat enkel de wil *van de donor* gerespecteerd zou worden, maar erkende tegelijk dat deze wil door een naaste kan worden uitgedrukt.

Met de wet van 3 juli 2012⁴²⁰³ heeft de wetgever vervolgens huidig artikel 10, § 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet ingevoerd. Op basis hiervan moet de arts die de orgaanwegneming overweegt, telkens informeren naar een mogelijk verzet dat is uitgedrukt door de potentiële donor. Hoewel in tegenstelling tot Frankrijk⁴²⁰⁴ niet uitdrukkelijk in de wet werd bepaald dat geïnformeerd moet worden bij de naasten, werd wel opnieuw in de memorie van toelichting aangegeven dat de wil van de donor onder meer kan worden achterhaald via de naasten of ‘verwanten’ van de donor.⁴²⁰⁵ Hiervan kan enigszins een bevestiging worden gevonden in artikel 13, 5° KB Donorcoördinatie, dat “*het plegen van overleg met de familie van de donor en eventueel andere betrokken personen*” als taak oplegt aan de lokale donorcoördinatoren. Dit KB werd in dezelfde adem als de wet van 3 juli 2012 uitgevaardigd, zodat de twee laatstgenoemde bepalingen met elkaar in verband gebracht kunnen worden.

Deze twee ontwikkelingen leiden tot het besluit dat het vertegenwoordigingsrecht van de naasten verweven is met de geest van de Orgaantransplantatiewet. Hieronder zal worden

⁴²⁰⁰ Brussel 29 november 2005, *JT* 2006, 198; H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 2005, 429; L. WOSTYN, *Het overmaken van medische gegevens na het overlijden van de patiënt*, Gent, Story Publishers, 2011, 87, die de afschaffing van het verzetsrecht van de nabestaanden een goede zaak vindt; Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 9 en 100; A.-C. SQUIFFLET, “Enhancing public engagement in organ donation through the law: A comparison between Belgium and the United States” in G. RANDHAWA en S. SCHICKTANZ (eds.), *Public Engagement in Organ Donation and Transplantation*, 2013, (36) 38. In die zin ook: Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2011-12, nr. 53-2158/1, 30; M. COOPMAN, “Orgaandonatie en het tekort aan donoren in vergelijkend perspectief. De situatie in België en Nederland”, *Jura Falc.* 2007-08, (383) 388-389; A.-M. BRIELS, o.c. in L. APOSTEL, P. DEVROEY en H. CAMMAER (eds.), *Beschikken over lijf en leven*, 1987, (27) 30. Zie: Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220-9, 39, waar weliswaar ook werd gezegd dat men geen toestemming moest vragen aan naasten, maar waartegen werd gezegd dat dit in de praktijk wellicht wel tot een vraag naar toestemming zal verworden; amendement nr. 832/2.

⁴²⁰¹ H. NYS, “Dood en (niet) begraven? Over de wegneming van organen bij dode donors”, *Acta Hospitalia* 1986, (61) 62.

⁴²⁰² BS 13 april 2007.

⁴²⁰³ BS 24 augustus 2012.

⁴²⁰⁴ Art. L1232-1, al. 3 Code de la santé publique: “*Si le médecin n'a pas directement connaissance de la volonté du défunt, il doit s'efforcer de recueillir auprès des proches l'opposition au don d'organes éventuellement exprimée de son vivant par le défunt, par tout moyen, (...)*”.

⁴²⁰⁵ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2011-12, nr. 53-2158/1, 30-31. Zie ook: *Vr. en Antw.* Senaat 2012-13, 1 juli 2013, Vr. nr. 5-9443 W. DEMEYER; H. NYS en G. VAN BEEUMEN, o.c. in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (38) 42.

nagegaan in hoeverre het gebrek aan een expliciete wettelijke bevestiging van dit recht een invloed heeft op de handhaving ervan (*infra* 2), op de aanspraak van de naasten op de informatie (*infra* 3) en op eventuele conflicten tussen de naasten (*infra* 4). Dit zal uitmonden in een beleidsaanbeveling (*infra* 5).

2. Handhaving van het vertegenwoordigingsrecht

894. Het recht van de naasten om inzake orgaanwegneming na overlijden de wil van de donor te vertolken, kan op verschillende manieren worden gehandhaafd. In het raam van de Orgaantransplantatiewet kan allereerst gedacht worden aan de strafrechtelijke handhaving. Volgens een teleologische interpretatie van de consultatieplicht uit artikel 10, § 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet schendt de arts deze plicht door de naasten niet omtrent de wil van de donor te raadplegen en zou hij dus gestraft kunnen worden met een gevangenisstraf van drie maanden tot één jaar en/of een geldboete van 1.000 tot 10.000 euro.⁴²⁰⁶

Het feit dat artikel 10, § 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet niet uitdrukkelijk naar de naasten verwijst, schept echter twijfel over de strafrechtelijke handhaving van het vertegenwoordigingsrecht van de naasten. Het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel vereist normaal immers een duidelijke wettekst.⁴²⁰⁷ Indien de arts informeert naar de wil van de donor bij anderen dan de naasten (bv. verplegend personeel, huisarts, overheidsregister), zou de consultatieplicht volgens een letterlijke, restrictieve wetsinterpretatie niet geschonden zijn. Ook artikel 13, 5° KB Donorcoördinatie biedt hier geen absolute zekerheid. Deze bepaling verwijst weliswaar naar het overleg met de familie van de donor en andere betrokken personen, maar de begrippen ‘familie’ of ‘betrokken persoon’ impliceren m.i. niet noodzakelijk een emotionele band en betreffen dus niet steeds ‘naasten’.⁴²⁰⁸ Bovendien spreekt artikel 13, 5° in het algemeen van ‘overleg’, wat evengoed betrekking kan hebben op andere zaken dan de orgaanwegnemingsbeslissing (bv. het praktische verloop m.h.o.o. het groeten van het lijk en de lijkbezorging).

895. Hoe dan ook kunnen de naasten wegens de schending van hun (persoonlijkheids-)recht op vertegenwoordiging van de wil van de donor in eigen naam en voor eigen rekening schadevergoeding vorderen op basis van het burgerrechtelijke aansprakelijkheidsrecht.⁴²⁰⁹

In principe geschiedt vergoeding wegens civiele aansprakelijkheid *in natura*, wat niet mogelijk zal zijn indien de organen al werden weggenomen. Een kort geding-procedure vóór de orgaanwegneming lijkt evenmin evident. Als men al weet zou hebben van een geplande wegneming en men wil het verzet van de donor doen gelden, dan zou de kortgedingrechter al heel snel moeten zetelen, nu een orgaanwegneming in principe snel na overlijden moet gebeuren.⁴²¹⁰ En zelfs dan is het niet duidelijk of de kortgedingrechter bij wijze van voorlopige maatregelen de wegneming kan verbieden. Een kortgedingrechter mag de toestand van de

⁴²⁰⁶ Art. 10, § 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet *iuncto* art. 17, § 3, lid 1 Orgaantransplantatiewet. Zie uitvoeriger over de draagwijdte van deze consultatieplicht *infra* Hoofdstuk III, Afd. 2, § 1, C van dit Deel.

⁴²⁰⁷ Zie over dit beginsel *supra* Deel II, Hoofdstuk II, Afd. 1.

⁴²⁰⁸ Cf. ook de terminologische uiteenzetting *supra* in de inleiding bij deze Afdeling.

⁴²⁰⁹ Vgl. R. DIERKENS, *Lichaam en lijk*, 1962, 177-178, 188 en 200; E. GULDIX, *De persoonlijkheidsrechten, de persoonlijke levenssfeer en het privéleven in hun onderling verband*, 1986, nr. 587; T. VANSWEEVELT, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1559) 1565 en 1566-1567; P. EGÉA, “Prélèvement *post mortem*, consentement présumé et obligation d’information” (noot onder Adm. Trib. Amiens 14 december 2000), *D.* 2001, (3310) 3314.

⁴²¹⁰ Vgl. S. PERRICK, “Schenking van organen. Enkele juridische aspecten”, *TvGR* 1979, (141) 145.

partijen niet definitief en onherroepelijk wijzigen.⁴²¹¹ Door het snelle afsterven van organen na overlijden zou een voorlopig verbod op orgaanwegname echter definitief onmogelijk worden.

Normaal zal de vergoeding dus bij equivalent moeten gebeuren. Al in twee Belgische zaken waar de wegneming plaatsvond zonder toestemming te hebben gevraagd aan de naasten, werden de naasten telkens 1 frank/euro morele schadevergoeding toegekend.⁴²¹² Dit is opvallend weinig in vergelijking met de gepubliceerde Franse rechtspraak omtrent orgaanwegname, waar 10.000 Franse Frank (+/- 1.500 euro) per naaste veeleer de norm was.⁴²¹³ Zoals al besproken, zou de louter symbolische vergoeding in de Belgische rechtspraak verklaard kunnen worden vanuit sympathie voor de gezondheidsbelangen van de ontvanger.⁴²¹⁴

896. Ten slotte kan ook de tuchtrechtelijke aansprakelijkheid van de arts in het gedrang komen. Al sinds de inwerkingtreding van de Orgaantransplantatiewet moet de wegnemende arts volgens de Nationale Raad van de Orde van geneesheren in principe telkens polsen bij de nabestaanden naar een eventueel verzet van de donor. Schending van deze plicht kan een ernstige deontologische fout uitmaken.⁴²¹⁵ Artikel 10, § 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet kan tot op zekere hoogte als een wettelijke verankering van deze deontologische norm worden beschouwd.

3. Recht op informatie

897. Opdat de naasten hun vertegenwoordigingsrecht kunnen uitoefenen, moeten ze logischerwijze eerst kennis hebben van het overlijden van de donor, alsook van de intentie tot orgaanwegname en de mogelijkheid om het verzet van de donor te uiten. In tegenstelling tot Frankrijk⁴²¹⁶ bevat de Belgische regelgeving echter geen uitdrukkelijke informatieplicht in die zin.⁴²¹⁷ Wel bevat ze enkele aanknopingspunten op basis waarvan deze informatieplicht kan worden afgeleid.

Een eerste aanknopingspunt is artikel 10, § 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet, dat de arts verplicht tot het informeren naar een eventueel verzet van de donor. Volgens de teleologische interpretatie betreft dit, zoals gezegd, een plicht tot het consulteren van de naasten. Dit zou dan logischerwijze een informatieplicht omtrent de dood en de geplande orgaanwegname impliceren.⁴²¹⁸ De consultatieplicht betreft echter geen waterdichte grondslag voor deze informatieplicht. Zoals ook al aangegeven, sluit de tekst van de wet niet uit dat anderen dan de naasten worden geraadpleegd.

⁴²¹¹ J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Handboek gerechtelijk recht*, 2012 (3^{de} ed.), 272.

⁴²¹² Rb. Charleroi 2 april 1993, *RGAR* 1994, 12.315, voorafgegaan door Rb. Charleroi (KG) 13 maart 1987, *JT* 1987, 316, waar er wegens vermoedens van orgaanwegname een opgraving en autopsie werden bevolen; Rb. Brussel 15 maart 2002, *T. Gez.* 2003, 327, bevestigd door Brussel 29 november 2005, *JT* 2006, 198.

⁴²¹³ Trib. Adm. Marseille 15 december 1987, *Rec. Lebon* 1987, 496; Trib. Adm. Lyon 19 mei 1993, *Rec. Lebon* 1993, 511; Trib. Adm. Amiens 14 december 2000, *AJDA* 2001, 790, concl. O. MESMIN en D. 2001, 3310, noot P. EGÉA, waar overheidscommissaris Mesmin echter wel voor een symbolische vergoeding pleitte.

⁴²¹⁴ Zie *supra* Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, C.3.

⁴²¹⁵ Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 11 april 1987 betreffende orgaantransplantatie, www.ordomedic.be. Zie ook: Advies van de Nationale Raad van de Orde van Geneesheren van 20 juni 1987 betreffende orgaantransplantatie, www.ordomedic.be.

⁴²¹⁶ Art. L1232-1, al. 3 Code de la santé publique: "(...) il les informe de la finalité des prélèvements envisagés."

⁴²¹⁷ Zie reeds: Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220-9, 40, waar dit op onbegrip kon rekenen, nu bij een recent overlijden niet van de diepbedroefde familie kan verwacht worden dat ze meteen aan orgaanwegname denkt; P. MICHIELSEN, "Presumed consent to organ donation: 10 years' experience in Belgium", *J. R. Soc. Med.* 1996, vol. 89, (663) 663.

⁴²¹⁸ Zie ook: N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nr. 109. Vgl. A. CHARAF ELDINE, "Les prélèvements d'organes. Commentaire de la loi n° 76-1181 du 22 déc. 1976", *Rev. Dr. Sanit.* 1978, (445) 453. Vgl. ook in verband met het afgeschafte verzetsrecht uit oud art. 10, § 4, 3° Orgaantransplantatiewet: Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220-9, 39; T. VANSWEEVELT, "Art. 10 Orgaantransplantatiewet" in *Comm. Pers.*, 1994, currens, 6, nr. 9.

Een tweede aanknopingspunt is artikel 3ter, § 2, lid 2 Orgaantransplantatiewet, dat verplicht tot het inwinnen van karakteriseringsinformatie (bv. ziektegeschiedenis, risicogedrag)⁴²¹⁹ bij “*de familie van de overleden donor of bij andere personen*”.⁴²²⁰ Ook artikel 10/6, lid 2 KB Transplantatiecentra en artikel 13, 6° KB Donorcoördinatie bepalen dat “*de familie van de donor en eventueel andere betrokken personen*” met het oog op karakterisering moeten worden geraadpleegd. Deze verplichting kan *de facto* meebrengen dat de familie weet krijgt van de dood en de wegnemingsintentie.⁴²²¹ Echter, deze karakteriseringsbepalingen vormen evenmin een onmiskenbare grondslag voor een informatierecht van de naasten. Uit de tekst van deze regels blijkt immers dat niet noodzakelijk de naasten van de donor moeten worden ondervraagd.⁴²²²

Een derde aanknopingspunt is de open norm van artikel 12 Orgaantransplantatiewet, die onder meer verplicht tot bezorgdheid voor de gevoelens van de familie bij het wegnemen van organen.⁴²²³ Gebrek aan communicatie over de dood van de donor of de orgaanwegneming kan de gevoelens van de familie kwetsen. In die zin kan de verplichting tot bezorgdheid een informatieplicht impliceren.⁴²²⁴ Weliswaar wordt de schending van deze bepaling niet strafrechtelijk gesanctioneerd. De naasten kunnen de arts burgerrechtelijk aansprakelijk stellen, maar dan moeten ze wel hun schade ten gevolge van het gebrek aan informatie bewijzen. In de Franse *Tesnière*-zaak werd bv. aan de ouders van een hoornvliesdonor reeds vergoeding voor morele schade toegekend omdat hen niets over de oogwegneming was meegedeeld. Niettegenstaande het feit dat hun toestemming niet wettelijk vereist was, achtte de rechter dat er nog wel een deontologische informatieplicht ten aanzien van hen bestaat, waarvan de schending een fout uitmaakt.⁴²²⁵ Inspiratie kan ook worden geput uit de Amerikaanse zaak *Perry*,⁴²²⁶ waar een verpleegster bewust een verkeerde voorstelling gaf van de hoeveelheid lichaamsmateriaal die zou worden weggenomen (*in casu* wegneming van hele ogen en botten in plaats van slechts hoornvlies en beenmerg). De rechter erkende de mogelijkheid van een vordering wegens *emotional distress* wegens misbruik van het vertrouwen en van de kwetsbaarheid van de rouwende familie van de donor, die volgens de familie niet zou hebben gewild dat zijn lijk dermate zou worden verminkt.

Een vierde aanknopingspunt kan ten slotte gevonden worden in artikel 8 *iuncto* 12 of 14 Wet Patiëntenrechten, maar zal slechts in sommige gevallen bruikbaar zijn. Soms veronderstelt een succesvolle wegneming namelijk dat er al voorbereidende handelingen worden gesteld wanneer de donor wilsonbekwaam, maar nog in leven is (m.n. bij *non-heart-beating* donoren van categorie III⁴²²⁷). Voor deze handelingen kan worden verdedigd dat krachtens artikel 8 *iuncto* 12 of 14 Wet Patiëntenrechten toestemming moet worden verkregen van de wettelijke vertegenwoordigers, zoals aangeduid in voornoemde bepalingen. Deze vertegenwoordigers

⁴²¹⁹ Zie hierover ook *infra* Deel VI, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, A.1.

⁴²²⁰ Zie ook art. 10/6, lid 2 KB Transplantatiecentra; art. 13, 6° KB Donorcoördinatie.

⁴²²¹ Vgl. ORGAN DONATION TASKFORCE, *The potential impact of an opt out system for organ donation in the UK*, 2008, www.odt.nhs.uk, 12.

⁴²²² Vgl. Over het verschil tussen de termen ‘familie’ en ‘betrokken personen’ enerzijds en ‘naasten’ anderzijds.

⁴²²³ Zie uitvoeriger over deze verplichting *infra* § 2, A.2.a.2).

⁴²²⁴ Zie ook al : Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220-9, 41; *Hand. Kamer* 1985-86, 3 juni 1986, 1211 en 1221; Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 101-102, 103 en 105; N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nr. 65.

⁴²²⁵ Trib. Adm. Amiens 14 december 2000, *AJDA* 2001, 790, concl. O. MESMIN en D. 2001, 3310, noot P. EGÉA, waar de wegneming achteraf op pijnlijke wijze aan het licht kwam doordat wegens een administratieve fout op hun ziekenhuisfactuur de wegneming van ogen en de plaatsing van kunstogen werd aangerekend. Zie over deze zaak ook de kritische noot van P. EGÉA, *o.c.*, D. 2001, (3310) 3314, die deze informatieplicht linkt aan het recht om te getuigen over de wil van de donor.

⁴²²⁶ *Perry v. Saint Francis Hosp. & Medical Center*, 886 F.Supp. 1551 (D. Kan. 1995).

⁴²²⁷ Cf. *supra* Hoofdstuk I, Afd. 3, § 1, B.2.b. van dit Deel.

zullen doorgaans de naasten van de donor zijn. Ze zullen dan krachtens artikel 8, § 2 Wet Patiëntenrechten recht hebben op informatie over onder meer het doel van de voorbereidende handelingen, wat kennisgeving van het nakende overlijden en van de geplande orgaanwegneming impliceert.⁴²²⁸

898. In tegenstelling tot de wet gebiedt de medische deontologie wél uitdrukkelijk tot het informeren van de nabestaanden over het overlijden van de donor en de intentie tot orgaanwegneming. Al vanaf de inwerkingtreding van de Orgaantransplantatiewet stelde de Nationale Raad van de Orde van geneesheren dat dergelijke mededeling elementair is en zo snel mogelijk moet gebeuren.⁴²²⁹ Het betreft zelfs een internationaal aanvaarde deontologische norm.⁴²³⁰

4. Conflicten tussen naasten

899. Wat als er onder de naasten een meningsverschil bestaat omtrent de wil van de overleden donor inzake orgaanwegneming? Gelet op zijn achterliggende *ratio* is het een noodzakelijke, maar voldoende voorwaarde dat het vertegenwoordigingsrecht toekomt aan de naaste die de wil van de donor het beste zal kennen.⁴²³¹ Dit impliceert dat er juridisch gezien geen unanimiteit onder alle naasten moet bestaan.⁴²³² Sommige naasten kunnen immers geacht worden de wil van de overledene beter te kennen dan andere. Het is weliswaar aangeraden om in de praktijk toch steeds via overleg naar eensgezindheid onder de naasten te streven.⁴²³³

De vraag blijft dan aan welke naaste(n) precies voorrang moet worden gegeven indien het conflict aanhoudt. *Grosso modo* kan dit op twee manieren worden geregeld: via een wettelijke rangorde of via een rechterlijke beoordeling geval per geval.⁴²³⁴ Hierna wordt besproken welk van deze twee systemen in het raam van de Orgaantransplantatiewet *de lege lata* geldt en *de lege ferenda* hoort te gelden.

900. De Orgaantransplantatiewet bevat, zoals gezegd, geen uitdrukkelijke bevestiging van het vertegenwoordigingsrecht van de naasten. Het verbaast dus niet dat deze wet evenmin in een rangregeling voorziet.⁴²³⁵ Kunnen er dan misschien andere, gemeenrechtelijke rangregelingen worden toegepast?

⁴²²⁸ Zie ook: F. VERSCHUREN *et al.*, “DCD (‘Donation after circulatory death’)-orgaandonoren” in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (68) 78, waar blijkt dat de wettelijke vertegenwoordiger bij een NHBD-procedure van categorie III in de praktijk onder meer wordt geïnformeerd over de mogelijkheid van orgaan- en weefseldonatie na overlijden, over waar en wanneer men de vitale supportieve therapie zal stopzetten en over waar en wanneer de familie afscheid kan nemen en het lichaam kan groeten na orgaandonatie.

⁴²²⁹ Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 11 april 1987 betreffende orgaantransplantatie, www.ordomedic.be. Vgl. Trib. Adm. Amiens 14 december 2000, *AJDA* 2001, 790, concl. O. MESMIN en D. 2001, 3310, noot P. EGÉA, waar dergelijke deontologische plicht via de burgerrechtelijke aansprakelijkheid werd gehandhaafd.

⁴²³⁰ Art. 16 Europese Handleiding voor Medische Ethiek in Advies van de Nationale Raad van de Orde van Geneesheren van 6 januari 1987 betreffende de Europese handleiding voor medische ethiek, <http://www.ordomedic.be>; Opinion 2.16 – Organ Transplantation Guidelines, AMA Code of Medical Ethics, <http://www.ama-assn.org>.

⁴²³¹ Zie *supra* A van deze paragraaf. J. PY, *o.c.*, *Gaz. Pal.* 1968, (84) 85-86 ; J.-P. DOLL, *La discipline des greffes, des transplantations et des autres actes de disposition concernant le corps humain*, 1970, 157 ; D. PRICE, *o.c.*, *Med. L. Rev.* 2003, (1) 43 ; Trib. Féd. Zwitserland 16 april 1997, *RUDH* 1997, 286.

⁴²³² G. BRICMONT, *o.c.*, *JT* 1971, (145) 147.

⁴²³³ Vgl. Human Tissue Authority Code of practice 1: Consent (2009), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, nr. 95 en Human Tissue Authority Code of practice 2: donation of solid organs for transplantation (2014), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, nrs. 113 en 115; Human Tissue Authority Code of Practice on living and deceased organ and tissue donation for transplantation – Wales (2013), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, nr. 41.

⁴²³⁴ E. GULDIX, *De persoonlijkheidsrechten, de persoonlijke levenssfeer en het privéleven in hun onderling verband*, 1986, nr. 600.

⁴²³⁵ Niet te verwarren met de vertegenwoordigingsregeling in art. 10, § 2 Orgaantransplantatiewet, die slechts geldt ten aanzien van wilsonbekwamen en slechts vóór het overlijden van de donor. Zie hierover *infra* Hoofdstuk III, Afd. 1, § 2 van dit Deel.

Enerzijds kan gedacht worden aan de regels voor de devolutie van erfenissen.⁴²³⁶ Deze piste moet echter meteen worden afgewezen. Algemeen wordt aangenomen dat de persoonlijkheidsrechten dermate gebonden zijn aan de persoon zodat ze niet kunnen worden overgedragen via erfopvolging.⁴²³⁷ Het persoonlijkheidsrecht van de naasten inzake de vertegenwoordiging van de wil van de overleden donor vindt zijn basis dan ook niet in de regels van de erfopvolging, wat de devolutieregels uitsluit.⁴²³⁸ Bovendien zijn deze regels gemaakt voor goederen en lijken ze niet steeds geschikt voor persoonsaangelegenheden.⁴²³⁹

Anderzijds kan gedacht worden aan de rangregeling van artikelen 12 en 14 Wet Patiëntenrechten. Deze regeling kan hier echter evenmin rechtstreeks worden toegepast omdat de Wet Patiëntenrechten überhaupt niet van toepassing is op lijken.⁴²⁴⁰ Nochtans valt er m.i. veel voor te zeggen om een regeling naar analogie met 12-14 Wet Patiëntenrechten van toepassing te verklaren op conflicten tussen de naasten inzake orgaanwegneming na overlijden. Een vaste wettelijke regeling biedt het voordeel van meer rechtszekerheid. Bovendien zal de rangschikking van de naasten volgens artikelen 12-14 Wet Patiëntenrechten in de meeste gevallen stroken met de realiteit inzake verbondenheid met de donor en dus kennis van zijn wil over orgaanwegneming.⁴²⁴¹ Naasten die volgens deze rangschikking *in casu* geen voorrang hebben of die überhaupt niet in deze rangorde voorkomen, worden geacht onvoldoende verbondenheid met de donor te bezitten en bezitten aldus in principe geen vertegenwoordigingsrecht. Mocht dit toch niet met de realiteit overeenstemmen, dan kan de donor hier nog steeds van afwijken door zelf een vertegenwoordiger aan te duiden (vgl. art. 14, § 1, leden 2 en 3 Wet Patiëntenrechten). In geval van conflict tussen naasten van dezelfde rang (bv. tussen verschillende meerderjarige kinderen) kan het aan de arts worden overgelaten om te beslissen wiens verklaringen hij zal volgen (vgl. art. 14, § 3, lid 3 Wet Patiëntenrechten).⁴²⁴² In geval van een overleden minderjarige wordt in beginsel echter best unanimiteit vereist tussen beide ouders, voor zover ze het ouderlijk gezag uitoefenen (vgl. art. 12, § 1 Wet Patiëntenrechten).⁴²⁴³ Ten slotte kan de toepassing van artikelen 12-14 Wet Patiëntenrechten op orgaanwegneming het beslissingsproces vereenvoudigen door coherentie te waarborgen. Het kan immers als bevreemdend worden ervaren indien degene die krachtens de Wet

⁴²³⁶ Art. 731 BW: “De erfenissen komen toe aan de kinderen en afstammelingen van de overledene, aan zijn noch uit de echt noch van tafel en bed gescheiden echtgenoot, aan zijn bloedverwanten in de opgaande lijn aan zijn bloedverwanten in de zijlijn en aan zijn wettelijk samenwonende binnen de grenzen van de rechten die hem zijn toegekend, in de orde en overeenkomstig de regels die hierna worden bepaald”.

⁴²³⁷ Y.-H. LELEU en G. GENICOT, “La maîtrise de son corps par la personne”, *JT* 1999, (589) 593; A. HEYVAERT, *Het personen- en familierecht ont(k)leed*, 2002, 31; R. DEKKERS en A. WYLLEMAN, *Handboek burgerlijk recht. Deel I. Personen- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 115; P. DELNOY, o.c. in J.-L. RENCHON (ed.), *Les droits de la personnalité*, 2009, (281) 281; F. SWENNEN, o.c., *TPR* 2013, (1489) 1492-1493 en 1494; Rb. Brussel 12 maart 1996, *JLMB* 1996, 1015.

⁴²³⁸ E. GULDIX, *De persoonlijkheidsrechten, de persoonlijke levenssfeer en het privéleven in hun onderling verband*, 1986, nrs. 572, 575 en 592. Zie in die zin ook: Cass. 3 juli 1899, *Pas.* 1899, I, 318, concl. MESDACH DE TER KIELE (“*Que cette faculté, (...), ne dérive pas du droit de tester*”); Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220-9, 19.

⁴²³⁹ P. DELNOY, o.c. in J.-L. RENCHON (ed.), *Les droits de la personnalité*, 2009, (281) 287-289.

⁴²⁴⁰ Zie *supra* Hoofdstuk I, Afd. 1 van dit Deel. Zie weliswaar ook *infra* § 2, A.2.a.3) van deze Afdeling, over de mogelijkheid van de vertegenwoordigers uit art. 12 of 14 Wet Patiëntenrechten om onrechtstreeks de orgaanwegneming te verhinderen door noodzakelijke voorbereidende handelingen tijdens het leven van de donor te blokkeren.

⁴²⁴¹ Volgens art. 12 vertegenwoordigen de ouders of de voogd de wilsonbekwame minderjarigen waarover ze het gezag hebben. Volgens art. 14 geldt voor de vertegenwoordiging van wilsonbekwame meerderjarigen de volgende rangorde: 1) een zelf aangeduide vertegenwoordiger, 2) de bewindvoerder, na machtiging door de vrederechter, 3) de samenwonende echtgenoot, de wettelijk samenwonende partner of de feitelijk samenwonende partner, 4) een meerderjarig kind, 5) een ouder, 6) een meerderjarige broer of zus, 7) de behandelende beroepsbeoefenaar. Deze personen kunnen pas vertegenwoordigen indien de vertegenwoordiger van de hogere rang dit niet wenst te doen of ontbreekt.

⁴²⁴² Zie algemeen over conflicten tussen de vertegenwoordigers van art. 14, § 3 Wet Patiëntenrechten: C. LEMMENS, “De handelings- en wilsonbekwamen” in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (817) 952-954.

⁴²⁴³ Zie uitvoeriger over conflicten tussen ouders in het raam van art. 12 Wet Patiëntenrechten: C. LEMMENS, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (817) 851 e.v.

Patiëntenrechten over de zorg vlak voor het levenseinde mocht beslissen, plots niet meer betrokken moet worden bij de beslissing tot orgaanwegneming kort na het overlijden.

901. Wegens het gebrek aan een wettelijke rangregeling zullen conflicten tussen naasten omtrent orgaanwegneming *post mortem* voorlopig door de rechter moeten worden beslecht. Concreet zal de rechter moeten bepalen wie geacht kan worden het beste de wil van de donor te kennen.⁴²⁴⁴ Dit is een feitenkwestie die de rechter in elke zaak afzonderlijk moet onderzoeken.⁴²⁴⁵

Indien de donor vooraf zelf een vertegenwoordiger had aangeduid, dan vereist het respect voor zijn zelfbepalingsrecht logischerwijze dat de rechter deze vertegenwoordiger laat beslissen.⁴²⁴⁶ Voor het overige kan inspiratie worden gezocht in de uitgebreide rechtspraak omtrent geschillen over lijkbezorging. Hier wordt in principe voorrang gegeven aan de samenlevende echtgenoot of partner, voor zover er een stabiele relatie bestond.⁴²⁴⁷ Na de echtgenoot/partner komen doorgaans de kinderen⁴²⁴⁸ of de ouders⁴²⁴⁹. Aangezien niet het bloedverwantschap, maar veeleer de affectiviteitsband bepalend is, kan de vertegenwoordiging desgevallend ook door een niet-bloedverwante naaste (bv. vriend, huisarts, collega, buurman).⁴²⁵⁰

Zoals gezegd, zal een kort geding-procedure vóór de orgaanwegneming wellicht niet haalbaar zijn wegens de nood aan spoedig handelen.⁴²⁵¹ Bijgevolg zal de arts moeten inschatten hoe de rechter achteraf zal oordelen over het vertegenwoordigingsconflict. Hoewel de rechterlijke *in concreto*-toetsing het vertegenwoordigingsrecht kan afstemmen op de realiteit, spreekt het voor zich dat deze werkwijze onvoldoende rechtszekerheid biedt voor de arts die snel moet (kunnen) handelen. Het bovenstaande voorstel tot invoering van een wettelijke rangregeling naar analogie met de Wet Patiëntenrechten biedt m.i. een beter evenwicht tussen realiteit en rechtszekerheid.

5. Voorstel tot wettelijke explicitering

902. Hierboven is gebleken dat het vertegenwoordigingsrecht van de naasten in een dubbelzinnige toestand verkeert. Enerzijds staat buiten kijf dat de wetgever de naasten

⁴²⁴⁴ Cf. *supra* A van deze paragraaf.

⁴²⁴⁵ Vgl. J. DE BRUYNE, o.c., *RW* 1960-61, (823) 823 en 827-829 en 831 ; E. GULDIX, *De persoonlijkheidsrechten, de persoonlijke levenssfeer en het priveleven in hun onderling verband*, 1986, nrs. 372, 594-595 en 665-669.

⁴²⁴⁶ R. DIERKENS, *Lichaam en lijk*, 1962, 190; J.-P. MASSON, noot onder Rb. Brussel 17 juli 1979, *JT* 1980, 27; F. SWENNEN, o.c., *TPR* 2013, (1489) 1510-1515.

⁴²⁴⁷ Zie voor echtgenoten, waartussen een weerlegbaar vermoeden van kennis omtrent de wil geldt: Antwerpen 6 april 1899, *Pas.* 1899, III, 184; Rb. Kortrijk 18 maart 1949, *RW* 1952-53, 1371; Rb. Brussel 17 juli 1979, *JT* 1980, 27, noot J.-P. MASSON; Rb. Luik 17 oktober 1989, *JLMB* 1989, 1382; Rb. Namen (KG) 10 september 2003, *JT* 2003, 888; J. DE BRUYNE, o.c., *RW* 1960-61, (823) 823, 827-829 en 831 ; R. DIERKENS, *Lichaam en lijk*, 1962, 182; E. GULDIX, *De persoonlijkheidsrechten, de persoonlijke levenssfeer en het priveleven in hun onderling verband*, 1986, nrs. 372 en 665-669; P. DELNOY, o.c. in J.-L. RENCHON (ed.), *Les droits de la personnalité*, 2009, (281) 292-293. Zie voor ongehuwde partners: Rb. Antwerpen 26 februari 1987, *TBBR* 1987, 76; Rb. Luik 13 december 1991, *JLMB* 1992, 959; J.-P. MASSON, noot onder Rb. Brussel 7 december 1983, *JT* 1984, 284; X. LABBÉE, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, 1990, 304 ; Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 11 april 1987 betreffende orgaantransplantatie, www.ordomedic.be.

⁴²⁴⁸ Rb. Brussel 7 december 1983, *JT* 1984, 283, noot J.-P. MASSON; Rb. Antwerpen (KG) 19 mei 1995, *RW* 1995-96, 756; E. GULDIX, *De persoonlijkheidsrechten, de persoonlijke levenssfeer en het priveleven in hun onderling verband*, 1986, nrs. 372 en 665-669.

⁴²⁴⁹ Brussel 19 maart 1968, *Pas.* 1968, II, 176; E. GULDIX, *De persoonlijkheidsrechten, de persoonlijke levenssfeer en het priveleven in hun onderling verband*, 1986, nrs. 372 en 665-669.

⁴²⁵⁰ G. BRICMONT, o.c., *JT* 1971, (145) 146; J.-P. MASSON, noot onder Rb. Brussel 17 juli 1979, *JT* 1980, 27; E. GULDIX, *De persoonlijkheidsrechten, de persoonlijke levenssfeer en het priveleven in hun onderling verband*, 1986, nr. 672; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, 2004, nr. 498. Vgl. A. SOULARD, "Le pouvoir des proches à l'avènement de la mort (avancée ou recul de l'autonomie de la volonté du mourant et du défunt?)" , *Médecine & Droit* 2004, (81) 82-83.

⁴²⁵¹ Zie *supra* B.2. van deze paragraaf.

beschouwt als één van de wegen waarlangs de wil van de donor kan worden bekendgemaakt. Anderzijds werd het vertegenwoordigingsrecht van de naasten nooit expliciet in de wet uitgedrukt. Hierdoor rest er enige twijfel over de strafrechtelijke handhaving ervan, over de precieze grondslag van het recht van de naasten op informatie en over de regeling in geval van conflicten tussen de naasten.

Prima facie zou deze commentaar van de hand gewezen kunnen worden als juridische muggenzifterij. Via enig interpretatiewerk zou de twijfel in de meeste gevallen immers kunnen worden weggewerkt, zoals mocht blijken uit de voorgaande bespreking. Bovendien bestaat er wel een duidelijke erkenning van het informatie- en vertegenwoordigingsrecht van de naasten in de deontologie, die tuchtrechtelijk gehandhaafd kan worden.⁴²⁵² Zolang artsen deze deontologische norm respecteren, is de kans op geschillen omtrent de interpretatie van de wet klein.

Het kan m.i. echter ook anders bekeken worden. Als het informatie- en vertegenwoordigingsrecht van de naasten toch als vanzelfsprekend wordt beschouwd, dan lijkt een duidelijke wettelijke bevestiging slechts een kleine moeite die niet opweegt tegen het risico op geschillen wegens wettelijke onduidelijkheid. Bovendien bieden de interpretatie van de wet en de deontologie hier hoe dan ook onvoldoende houvast over de vraag welke naaste voorrang krijgt in geval van conflicten tussen naasten. Welnu, in de arresten *Petrova* en *Elberte* heeft het EHRM al een schending van artikel 8 EVRM vastgesteld ten gevolge van onduidelijkheid in de Letse wetgeving over hoe het (verzets)recht van de nabestaanden inzake orgaanwegneming *post mortem* moest worden uitgeoefend (*in casu* wegens een gebrek aan informatie over de wegnemingsintentie). Het Europese Hof veroordeelde Letland tot een vergoeding van respectievelijk 10.000 euro en 16.000 euro voor morele schade.⁴²⁵³ In beide zaken overwoog het Hof dat “(...) *the principle of legality requires States not only to respect and apply, in a predictable and consistent manner, the laws they have enacted, but also, as a necessary element, to assure the legal and practical conditions for their implementation.*”⁴²⁵⁴ Zeker indien deze rechtspraak wordt geïnterpreteerd zoals in de *concurring opinion* van rechter Wojtyczek⁴²⁵⁵ moet ze beschouwd worden als een stimulans voor België om naar Frans voorbeeld het informatie- en vertegenwoordigingsrecht van de naasten, alsook de bijhorende rangregeling⁴²⁵⁶ duidelijk in de wet te regelen.⁴²⁵⁷

⁴²⁵² Zie *supra* B.3. van deze paragraaf.

⁴²⁵³ EHRM, *Petrova v. Latvia*, 2014, <http://hudoc.echr.coe.int>; EHRM, *Elberte v. Latvia*, 2015, <http://hudoc.echr.coe.int>, waar eveneens een schending van art. 3 EVRM werd vastgesteld.

⁴²⁵⁴ EHRM, *Petrova v. Latvia*, 2014, <http://hudoc.echr.coe.int>, para. 95; EHRM, *Elberte v. Latvia*, 2015, <http://hudoc.echr.coe.int>, para. 114.

⁴²⁵⁵ Zie *supra* Avon deze paragraaf.

⁴²⁵⁶ Zie B.4. van deze paragraaf.

⁴²⁵⁷ Zie reeds *pro* een wettelijke bevestiging van het informatierecht: N. VAN GELDER, “Post-Mortem Donation – Presumed Consent for Research Purposes? A comparative study”, *CD of proceedings of the 18th World Congress on Medical Law 2010*, 9. Vgl. voor het informatierecht ook: art. 3, lid 2 Wet van 26 maart 2003 houdende regeling van de autopsie na het onverwachte en medisch onverklaarde overlijden van een kind van minder dan achttien maanden, BS 22 mei 2003.

§ 2. ZELFBEPALINGSRECHT VAN DE NAASTEN

A. Grondslagen

1. Algemene grondslagen

903. Traditioneel beperken de Belgische rechtspraak en rechtsleer de rol van de naasten tot het vertolken van de wil van de overledene.⁴²⁵⁸ Nochtans zijn er ook grondslagen te vinden voor een zelfbepalingsrecht van de naasten waarmee ze hun *eigen wensen* omtrent de behandeling van het lijk kunnen doen gelden. In het raam van de *mensenrechtelijke* bescherming bieden de recente arresten *Petrova* en *Elberte* van het EHRM hiertoe m.i. belangrijke aanwijzingen.⁴²⁵⁹ Beide zaken leidden tot de veroordeling van Letland wegens de schending van artikel 8 EVRM in een context van orgaan- en weefselwegname na overlijden. Ten tijde van de schending gold in Letland, zoals in België, een *presumed consent*-systeem.⁴²⁶⁰ Wegname *post mortem* was hierdoor toegelaten mits de donor of bij zijn stilzwijgen zijn naaste familieleden geen bezwaar hadden geuit. De familie had m.a.w. een eigen (subsidiar) verzetsrecht.⁴²⁶¹ Niettemin werden de familieleden (*in casu* de moeder respectievelijk de echtgenote van de overleden donor) in geen van beide zaken op de hoogte gebracht van de wegnemingsintentie, zodat ze hun verzetsrecht niet konden uitoefenen.

Naar aanleiding hiervan overwoog het EHRM dat de concepten ‘privéleven’ en ‘gezinsleven’ ruim genoeg zijn opdat het bovenstaande verzetsrecht van de familieleden binnen het toepassingsgebied van artikel 8, § 1 EVRM valt.⁴²⁶² Bovendien erkende het Hof dat de omstandigheden van de twee zaken een inmenging van het recht op privéleven van de familieleden uitmaakten. Volgens artikel 8, § 2 EVRM is dergelijke inmenging enkel toegestaan indien ze onder meer is voorzien bij wet (legaliteitsbeginsel). Hieromtrent stelde het EHRM vast dat onvoldoende duidelijkheid bestond over de draagwijdte van de wetgeving. Daarom achtte het Hof de Letse wetgeving onvoldoende precies en zonder bescherming tegen willekeur, zodat de schending van art. 8 EVRM werd aanvaard.

Hierbij ontweek het EHRM helaas de wezenlijke vraag of de naasten van een potentiële donor op basis van artikel 8 EVRM een *eigen* recht, dan wel een louter vertegenwoordigingsrecht hebben. In het arrest *Elberte* verwees het EHRM wel naar de memorie van toelichting bij artikel 17 Transplantatieprotocol EVRM-Bio, waar wordt gesteld dat de familie moet worden geraadpleegd over de wil van de overledene. Dit kan echter niet ondubbelzinnig worden aangezien als een keuze voor een kwalificatie van het recht van de naasten als een louter vertegenwoordigingsrecht. Het Hof haalde de memorie immers slechts aan ter staving van het belang van het algemenere principe dat “*the relatives’ views must be established by means of reasonable enquiries*” (eigen onderlijning).⁴²⁶³ De terughoudendheid van het Hof is begrijpelijk. Zoals de Letse overheid al terecht opmerkte, bestaat er immers geen

⁴²⁵⁸ Zie m.n. *supra* § 1, A van deze Afdeling.

⁴²⁵⁹ EHRM, *Petrova v. Latvia*, 2014, <http://hudoc.echr.coe.int>; EHRM, *Elberte v. Latvia*, 2015, <http://hudoc.echr.coe.int>.

⁴²⁶⁰ Zie uitvoeriger over het *presumed consent*-systeem *infra* Hoofdstuk IV van dit Deel.

⁴²⁶¹ Zie duidelijk: EHRM, *Petrova v. Latvia*, 2014, <http://hudoc.echr.coe.int>, para. 56 en 90; EHRM, *Elberte v. Latvia*, 2015, <http://hudoc.echr.coe.int>, para. 108. Zie ook: I. GALLALA, W. MICHIELS, B. RIGO en A. WILLEMS, “Rechtspraak in kort bestek van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Januari 2015”, *T. Strafr.* 2015, (102) 103.

⁴²⁶² Zie ook: EHRM, *Pannullo et Forte v. France*, 2001, <http://hudoc.echr.coe.int> (laattijdige vrijgave van lijk na autopsie); EHRM, *Ellis Poluhas Dödsbo v. Sweden*, 2006, <http://hudoc.echr.coe.int> (verplaatsing van assen van de overledene); EHRM, *Maric v. Croatia*, 2014, <http://hudoc.echr.coe.int> (behandeling van doodgeboren kind als medisch afval); D. SPERLING, *Posthumous Interests*, 2010, 136-141; A.A.P. GARWOOD-GOWERS en S. OLSENA, o.c. in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J.V. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2011, (148) 151-152.

⁴²⁶³ EHRM, *Elberte v. Latvia*, 2015, <http://hudoc.echr.coe.int>, para. 113.

Europese consensus over de kwestie van toestemming tot orgaanwegneming na overlijden,⁴²⁶⁴ zodat aan de lidstaten een ruime appreciatiemarge toebehoort.⁴²⁶⁵

Niettegenstaande de besluiteloosheid van het EHRM impliceren de arresten *Petrova* en *Elberte* m.i. een principiële erkenning van een (weliswaar subsidiair) *eigen* verzetsrecht voor de naasten.⁴²⁶⁶ Hoe kan het EHRM anders oordelen dat het gebrek aan duidelijke Letse regelgeving over het verzetsrecht van de familieleden hun eigen recht uit artikel 8 EVRM schendt,⁴²⁶⁷ indien artikel 8 EVRM dit eigen verzetsrecht niet omvat? Het universeel karakter van de mensenrechten⁴²⁶⁸ brengt m.i. mee dat de waarborgen uit artikel 8 EVRM in principe moeten bestaan voor alle verdragspartijen. De geloofwaardigheid van deze mensenrechtelijke bescherming wordt aangetast indien artikel 8 EVRM voor het ene land wel de grondslag van een eigen familiaal verzetsrecht vormt, maar voor het andere land niet. Deze visie kan niet worden bekritiseerd omdat ze geen rekening zou houden met de eigen waarden en cultuur van ieder land. Via de toetsing overeenkomstig artikel 8, § 2 EVRM kunnen verdragspartijen immers alsnog een appreciatiemarge verleend worden om zo hun eigenheid te accommoderen.⁴²⁶⁹ Door als zodanig de ruimte voor diversiteit te beperken tot het niveau van de toepassing van artikel 8 EVRM⁴²⁷⁰ wordt een grotere bescherming aan de mens geboden. Dit besluit strookt met andere zaken waar het EHRM een eigen recht van de naasten in verband met de lijkbestemming op basis van artikel 8 EVRM heeft erkend.⁴²⁷¹

904. Vanuit *persoonlijkheidsrechtelijke* hoek bestaat voorlopig de onmiskenbare tendens om het recht op zeggenschap van de naasten met betrekking tot het lijk van hun dierbare slechts bij wijze van vertegenwoordigingsrecht te erkennen.⁴²⁷² Opdat van een persoonlijkheidsrecht kan worden gesproken, moet het voorwerp van dit recht één van de essentiële fysieke, psychische of morele attributen van de persoonlijkheid van titularis, *in casu* de naasten van de overledene, uitmaken.⁴²⁷³ De auteurs die het vertegenwoordigingsrecht van de naasten als een eigen persoonlijkheidsrecht kwalificeren, aanvaarden zo dat het afdwingen van de wil van de overledene een essentieel persoonlijk belang van de naasten betreft.

Dat de lijkbestemming van essentieel belang is voor de persoonlijkheid van de naasten kan m.i. inderdaad niet worden betwist. De persoonlijkheid wordt wezenlijk gevormd door de emotionele verbondenheid met anderen personen. In het algemeen ervaren de naasten als gevolg van hun emotionele verbondenheid met de overleden persoon evenzeer verbondenheid met het lijk, dat immers de nagedachtenis van de overleden persoon vertegenwoordigt en het

⁴²⁶⁴ Dit blijkt uit de Europese teksten die het EHRM in dit verband aanhaalde: art. 10 Resolutie (78) 29 van 11 mei 1978; art. 17 Transplantatieprotocol EVRM-Bio; considerans 21 en artt. 13-14 Richtlijn 2010/53/EU.

⁴²⁶⁵ Zie over de appreciatiemarge: J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM: Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 205 en 217.

⁴²⁶⁶ Zie reeds: D. PRICE, o.c., *Med. L. Rev.* 2003, (1) 41; J.R. HERRMANN, o.c., *EJHL* 2011, (277) 279, die de nadruk legt op de gevoelens van de familie. *Contra de concurring opinion* van rechter Wojtyczek bij EHRM, *Petrova v. Latvia*, 2014, <http://hudoc.echr.coe.int> en EHRM, *Elberte v. Latvia*, 2015, <http://hudoc.echr.coe.int>.

⁴²⁶⁷ Zie ook: EHRM, *Petrova v. Latvia*, 2014, <http://hudoc.echr.coe.int>, para. 55: “(...) Article 8 rights are eminently personal and non-transferable (...). Therefore, in principle Article 8 cannot be relied on by relatives or next-of-kin unless they are personally affected by the interference at issue (...)” (eigen onderlijning).

⁴²⁶⁸ Zie de preambule bij het EVRM: “Overwegende dat een *gemeenschappelijk begrip* van deze rechten en vrijheden van het hoogste belang is (...)” (eigen onderlijning).

⁴²⁶⁹ Zie over de ze appreciatiemarge reeds Deel IV, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, D.1.

⁴²⁷⁰ Vgl. S. SMIS *et al.*, *Handboek mensenrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 16.

⁴²⁷¹ EHRM, *Pannullo et Forte v. France*, 2001, <http://hudoc.echr.coe.int> (vrijgave van lijk na autopsie); EHRM, *Ellis Poluhas Dödsbo v. Sweden*, 2006, <http://hudoc.echr.coe.int> (verplaatsing van assen van de overledene), waar evenwel geen schending werd vastgesteld aangezien de meerderheid van de rechters de inmenging proportioneel achtten; EHRM, *Maric v. Croatia*, 2014, <http://hudoc.echr.coe.int> (behandeling van doodgeboren kind als medisch afval).

⁴²⁷² Zie *supra* § 1 van deze Afdeling.

⁴²⁷³ Cf. de omschrijving van persoonlijkheidsrechten *supra* in Deel IV, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, C.1.

voorwerp van rouw vormt.⁴²⁷⁴ Aantasting van het lijk betekent dan ook aantasting van de eigen morele of psychische belangen van de naasten. Specifiek met betrekking tot orgaanwegneming staat buiten kijf dat de wegneming van organen tegen de wil van de naasten hun gevoelens ernstig kan kwetsen.⁴²⁷⁵ Het omgekeerde kan ook: orgaanwegneming toelaten kan dankzij de therapeutische baten voor anderen zin geven aan het overlijden en troost bieden aan de naasten.⁴²⁷⁶

Het gaat echter theoretisch niet op om het essentiële belang van de naasten bij de lijkbestemming principieel te beperken tot het naleven van de wil van de overledene. Het belang van de naasten valt niet noodzakelijk samen met dat van de donor. De naasten kunnen immers een andere mening zijn toegedaan dan de donor. *Grosso modo* zijn er dus twee hypothesen. Indien de naasten het van essentieel belang achten dat de wensen van de overledene worden gerespecteerd, dan zal het persoonlijkheidsrecht van de naasten inderdaad de vorm van een vertegenwoordigingsrecht aannemen. Indien het echter voor de naasten van essentieel belang is dat hun eigen wensen, los van de al dan niet bestaande wensen van de overledene, worden nageleefd, dan moet het persoonlijkheidsrecht van de naasten de vorm van een zelfbepalingsrecht krijgen.⁴²⁷⁷ Bijgevolg heeft een recht van de naasten om hun eigen wensen aangaande de lijkbestemming af te dwingen, niet enkel een mensenrechtelijke, maar in beginsel ook een persoonlijkheidsrechtelijke grondslag.

905. Bij de totstandkoming van de Orgaantransplantatiewet werd verder de vraag gesteld naar de zakelijke rechten van de erfgenamen op het lijk.⁴²⁷⁸ Met het oog op zeggenschap kan meer bepaald worden afgevraagd of de naasten als eigenaar over het lijk als

⁴²⁷⁴ Vgl. o.a.: E.D. HIRSCH BALLIN, *Juridische aspecten van orgaantransplantaties*, 1968, 12 ; J.-P. DOLL, *La discipline*; Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220-9, 40-41; *Hand. Senaat* 1984-85, 1 juli 1985, 3165 ; Memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, 22.358, nr. 3, 14 en 17 ; P. PEDROT, "Les prélèvements d'organes post mortem" in A. SÉRIAUX (ed.), *Le droit, la médecine et l'être humain: propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXI^e siècle*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1996, (165) 166 ; S. BATEMAN-NOVAES, "Respect des personnes et éthique de la transplantation" in R. CARVAIS en M. SASPORTES (eds.), *La greffe humaine*, Parijs, Presses universitaires de France, 2000, (629) 638; C. HOFFER, *Levenschouwing en orgaandonatie*, 2002, 71; A. BONDOLFI, "Éthique et greffes d'organes: quelques considérations" in M.-J. THIEL (ed.), *Donner, recevoir un organe*, 2009, (351) 358.

⁴²⁷⁵ I. KENNEDY, *The unmasking of medicine*, London, Allen & Unwin, 1982, 148; J.G. AUGUST, "Modern models of organ donation: challenging increases of federal power to save lives", *Hastings Const. L.Q.* 2013, (393) 398 ; R.A. SELLS, "What is Transplantation Law and Whom Does It Serve?", *Transpl. Proc.* 2003, vol. 35, (1191) 1192 en 1193; J. NEUBERGER, "Conditional Organ Donation – The Views of the Patients and Health Care Professionals", *Transplantation* 2008, (1532) 1535; BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, *Building on Progress: Where next for organ donation policy in the UK?*, 2012, www.bma.org.uk/ethics, 11-12. Zie ook: H. NYS, "Eigendom in het medisch recht", *RW* 1983-84, (2357) 2370 ; Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220-9, 40-41 ; Memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, 22.358, nr. 3, 17 ; J. DE WISPELAERE en L. STIRTON, "Advance commitment: an alternative approach to the family veto problem in organ procurement", *J. Med. Ethics* 2010, (180) 180; L. CHERKASSKY, o.c., *EJHL* 2010, (149) 158; H. YOUNG, o.c., *Marq. Elder's Advisor* 2013, (197) 198 en 232.

⁴²⁷⁶ Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220-9, 13; A.-M. BRIELS, o.c. in L. APOSTEL, P. DEVROEY en H. CAMMAER (eds.), *Beschikken over lijf en leven*, 1987, (27) 32; J.E.M. AKVELD, *Transplantatie en wetgeving*, 1987, 139; W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 80-81 en 299; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 36 ; J.A. ROBERTSON, "The Dead Donor Rule", *Hastings Center Report* 1999, (6) 10; B. VAN HAELEWIJCK, "Orgaangift... Van de dood naar het leven..." in A. VAN ORSHOVEN en Y. EGBERT (eds.), *Levenstestament en andere voorafgaande wilsverklaringen*, Antwerpen, Garant, 2003, (153) 159; EDQM, "Organ Shortage: Current Status and Strategies for the Improvement of Organ Donation – A European Consensus Document", 2003, <http://www.edqm.eu>, nr. 4.6.9; GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, Den Haag, Gezondheidsraad, 2003, nr. 2003/1, 241 en 287; O. DETRY *et al.*, "Organ donation after physician-assisted death", *Transpl. Int.* 2008, 915; N.E. JANSEN *et al.*, "Appointing 'trained donation practitioners' results in a higher family consent rate in the Netherlands: a multicenter study", *Transpl. Int.* 2011, (1189) 1190; P. SCHOTSMANS, "Kinderen hebben ook organen nodig" in K. DIERICKX *et al.*, *Kinderen niet toegelaten? Ethisch verantwoord omgaan met kinderen in de geneeskunde*, Leuven, Davidsfonds Uitgeverij, 2010, (55) 63.

⁴²⁷⁷ Zie ook in die zin: R. DIERKENS, *Lichaam en lijk*, 1962, 18 en 189; J.-P. DOLL, *La discipline des greffes, des transplantations et des autres actes de disposition concernant le corps humain*, 1970, 143-144; F. SWENNEN, o.c., *TPR* 2013, (1489)1541-1543 en 1547. *Contra*: CE 18 maart 1983, *JCP* 1983, II, nr. 20111, noot J.-M. AUBY.

⁴²⁷⁸ Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220-9, 19.

vermogensbestanddeel kunnen beschikken. Hierna worden de verschillende voorwaarden voor zeggenschap via een eigendomsrecht (art. 544 BW) stapsgewijs overlopen.

Allereerst veronderstelt dergelijk eigendomsrecht dat het lijk een ‘zaak’ is.⁴²⁷⁹ Naar Belgisch recht wordt algemeen aanvaard dat het ontstaan van het lijk gepaard gaat met het einde van de persoon als rechtssubject.⁴²⁸⁰ Het lijk kan bijgevolg niet anders dan als een (lichamelijke, roerende) zaak gekwalificeerd worden.⁴²⁸¹ Hierover bestaat in feite weinig betwisting.

Daarenboven is vereist dat de zaak ‘lijk’ specifiek het voorwerp van eigendom kan zijn. Hiertegen bestaat traditioneel wél veel tegenkanting. De meeste auteurs beschouwen het lijk immers in principe als een bijzonder beschermde zaak, doorgaans een ‘*res sacra*’ genoemd.⁴²⁸² Als zodanig zou het lijk geen vermogensbestanddeel, en slechts het voorwerp van een extrapatrimoniaal recht, dus niet van een eigendomsrecht kunnen zijn.⁴²⁸³ Deze bijzondere rechtsbescherming wordt afgeleid uit de nood aan eerbied voor de nagedachtenis van de overledene, die door het (recente) lijk vertegenwoordigd wordt.⁴²⁸⁴ Deze restrictieve visie overtuigt m.i. echter niet. Een beschikking van het lijk op basis van eigendom is immers niet noodzakelijk strijdig met het respect voor de nagedachtenis.⁴²⁸⁵ Ze kan evengoed de waardigheid van de overledene beschermen.⁴²⁸⁶ Vrees voor misbruik uitgelokt door de ruime beschikkingsbevoegdheid die het eigendomsrecht traditioneel meebrengt,⁴²⁸⁷ is onterecht. De uitoefening van het eigendomsrecht is immers begrensd door de openbare orde en de goede zeden, alsook door specifieke wetgeving (bv. de Orgaantransplantatiewet).⁴²⁸⁸ Zo zal de

⁴²⁷⁹ Art. 544 BW. Zie ook al *supra* Deel III, Hoofdstuk I, Afd. 1, § 2, B.1.

⁴²⁸⁰ Zie *supra* Hoofdstuk I, Afd. 2 van dit Deel.

⁴²⁸¹ T. VANSWEEVELT, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1559) 1572; R. DIERKENS, *Lichaam en lijk*, 1962, 16-17 en 136-137; G. BAETEMAN, *Personen- en gezinsrecht*, 1992, 48; Y.-H. LELEU en G. GENICOT, o.c., *JT* 1999, (589) 590 en 593 (zie ook voetnoot 52); I. BOONE, o.c., *TPR* 1996, (91) 103-104; N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nrs. 53, 55 en 56 en 59-60. Vgl. voor *Frankrijk*: X. LABBÉE, noot onder Trib. GI Lille 5 december 1996, *D.* 1997, (376) 377; T. GRUEL, *Le droit ébranlé par les manipulations du corps*, Villeneuve d'Ascq, Presses Universitaires de Septentrion, 2002, 509-514.

⁴²⁸² Zie voor terechte kritiek op het ‘heilig’ karakter: T. VANSWEEVELT, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1559) 1571-1572.

⁴²⁸³ Juridische nota, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220-9, 54; E. DIRIX, o.c. in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, 1982, (35) 72; G. BAETEMAN, *Personen- en gezinsrecht*, 1992, 48; J. VELAERS, o.c. in CENTRUM GRONDSLAGEN VAN HET RECHT (ed.), *Over zichzelf beschikken?*, 1996, (117) 204.

⁴²⁸⁴ C. PETIT, o.c., *Themis* 1950, (428) 430 en 432-433; R. DIERKENS, *Lichaam en lijk*, 1962, 16-17, 136-137, 178 en 199-200; J. PETIT, o.c., *VI. T. Gez.* 1983-84, (109) 111-112; V. MISSOUL, “Eigendom en hergebruik van kunstmatige organen”, *Jura Falc.* 1985-86, (242) 248; C. TROUET, *Van lichaam naar lichaamsmateriaal*, 2003, 58-60 en 63-64. Vgl. voor *Nederland*: J.M.M. MAEIJER, o.c., *TPR* 1969, (153) 158; C.F. WERY, o.c., *Ars Aequi* 1976, (305) 308 en 312; J.H.S. VAN HERTEN, “De rechtspositie van lichaam, lijk, stoffelijke resten, organen en niet-menselijke implantaten”, *WPNR* 1984, (155) 156, 161 en 163; H.J.J. LEENEN, J.C.J. DUTE, J. LEGEMAATE *et al.*, *Handboek gezondheidsrecht*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014 (6^{de} ed.), 87. Vgl. voor *Frankrijk*: N. NEFUSSY-LEROY, *Organes humains*, 1999, 32. Vgl. voor de *common law* van respectievelijk het *Verenigd Koninkrijk* en de *Verenigde staten*, waar traditioneel de *no-property rule* geldt, die evenwel werd ingeperkt door uitzonderingen zoals het beschikkingsrecht met het oog op de begrafenis (in de *VSA* ‘*quasi-property*’ genoemd) en de *work-and-skill* exceptie (die een eigendomsrecht toelaat na een bepaalde graad van bewerking van het lijk): *Williams v. Williams*, 20 Ch. D. 659 (1881); *Regina v. Kelly*, [1999] Q.B. 621; *In Re Organ Retention Group Litigation*, [2005] Q.B. 506, 538; R. HARDCASTLE, *Law and the human body: property rights, ownership and control*, Oxford, Hart, 2007, 47-51, die als mogelijke verklaring de waardigheid van de overledene noemt; D. SPERLING, *Posthumous Interests*, 2010, 89-110 en 126, waar de symbolische waarde van het lijk wordt aangehaald; *Georgia Lions Eye Bank, Inc. v. Lavant*, 335 N.E.2d 127 (Sup. C. Georgia 1985); *State v. Powell*, 497 So.2d 1188 (Fla. 1986); *Perry v. Saint Francis Hosp. & Medical Center*, 886 F.Supp. 1551 (D. Kan. 1995); *Colavito v. New York Organ Donor Network Inc.*, 356 F.Supp.2d 237 (U.S. Distr. C., E.D.N.Y. 2005); *Colavito v. New York Organ Donor Network Inc.*, 8 N.Y.3d 43 (N.Y. CA, 2006); R. RAO, o.c., *B.U.L. Rev.* 2000, (359) 382-387; X., “Organ Donation and Transplantation” in S. SANBAR *et al.* (eds.), *Legal Medicine*, St. Louis, Mosby, 2004 (6^{de} ed.), (271) 272.

⁴²⁸⁵ Vgl. D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 130-131.

⁴²⁸⁶ Vgl. *Newman v. Sathyavaglswaran*, 287 F.3d 786 (US App. 9th Cir. 2002) (in verband met verzet van de ouders tegen hoornvlieswegneming bij hun overleden kind).

⁴²⁸⁷ Art. 544 BW: “Eigendom is het recht om op de meest volstrekte wijze van een zaak het genot te hebben en daarover te beschikken, (...)” (eigen onderlijning).

⁴²⁸⁸ Art. 6 en 544 BW: “(…), mits men er geen gebruik van maakt dat strijdig is met de wetten of met de verordeningen”; T. VANSWEEVELT, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1559) 1572; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2005, 29. *Contra*: W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 34-38, die het eigendomsrecht afwijst omdat dit onder meer tot verhandeling kan leiden.

beschikking van het lijk door de naasten binnen maatschappelijk aanvaardde perken gehouden worden. Bijgevolg kan juridisch gezien worden verdedigd dat het lijk in principe wel degelijk voor (mede-)eigendom vatbaar is.⁴²⁸⁹

Vervolgens moeten de naasten de eigendom op het lijk ook daadwerkelijk kunnen verwerven. Dit kan enkel via één van de wettelijk bepaalde wijzen van eigendomsverkrijging. Erfopvolging (art. 711 BW) is voor alle duidelijkheid uitgesloten. Het lijk ontstaat pas wanneer de persoon en zijn vermogen eindigen. Het lijk behoort daarom nooit tot het vermogen van de overledene en dus ook niet tot zijn erfenis.⁴²⁹⁰ Bij zijn ontstaan is het lijk veeleer te beschouwen als een *res nullius*, zodat eigendom slechts via bezit verworven kan worden (art. 2279 BW).⁴²⁹¹ Dit veronderstelt dat de naasten zelf of via een derde⁴²⁹² de feitelijke macht (*corpus*) op het lijk uitoefenen, alsook dat ze de intentie (*animus*) hebben om deze macht voor eigen rekening uit te oefenen.⁴²⁹³ Hoewel dit telkens *in concreto* moet worden nagegaan, zal wegens de cultuur van lijkbezorging onder toezicht van de naasten vaak wel van de nodige *corpus* en *animus* sprake kunnen zijn.

Op basis van het voorgaande kan worden besloten dat de zeggenschap van de naasten over het lijk een eigendomsrechtelijke grondslag kan hebben. Weliswaar is het strikt gezien niet nodig om in private relaties een beroep te kunnen doen op dit eigendomsrecht, aangezien de zeggenschap reeds als persoonlijkheidsrecht kan worden uitgeoefend.⁴²⁹⁴ Samen met de traditionele afkerigheid tegenover het principe van een eigendomsrechtelijke benadering maakt dit het eigendomsrecht m.i. de minst aantrekkelijke grondslag.

2. Specifieke grondslagen in de Orgaantransplantatiewet

906. Biedt de Orgaantransplantatiewet eveneens een grondslag voor een zelfbepalingsrecht van de naasten inzake orgaanwegneming bij de overledene? Om deze vraag met de nodige nuances te beantwoorden, moet een onderscheid gemaakt worden tussen de theoretische inhoud en de praktische toepassing van de wet. Theoretisch kunnen een viertal wetsbepalingen als

⁴²⁸⁹ Zie ook: T. VANSWEEVELT, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1559) 1574-1575; Y.-H. LELEU en G. GENICOT, o.c., *JT* 1999, (589) 593 (zie ook voetnoot 52), die spreken van een bijzonder eigendomsrecht dat aan de gewone regels van het vermogensrecht ontsnapt; L. BOSMAN en M.L. LEROY-SWAANS, "Implications juridiques et morales des prélèvements et greffes d'organes", *Rev. Méd. Liège* 1968, (588) 601, die de mogelijkheid van diefstal erkennen; N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nrs. 59, 119 en 554. Vgl. voor Frankrijk: X. LABBÉE, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, 1990, 298 en 302; Trib. GI Lille 5 december 1996, *D.* 1997, 376, noot X. LABBÉE. Vgl. voor Nederland: Concl. Adv-Gen. VAN ASCH VAN WIJK onder Hoge Raad 25 juni 1946, *NJ* 1946, (648) 650-651; H.J.J. LEENEN, o.c., *NJB* 1978, (871) 874. Vgl. voor YSA: Comment bij sec. 8 UAGA 2006; *Holland v. Metalious*, 198 A.2d 654 [Sup. C. New Hamp. 1964] (begrafenis); *Brotherton v. Cleveland*, 923 F.2d 477 [CA Ohio, 1991] (hoornvlieswegname bij lijk); *Whaley v. County of Tuscola*, 58 F.3d 1111 (6th Cir. 1995) (hoornvlieswegname bij lijk); *Mansaw v. Midwest Organ Bank*, 1998 WL 386327 (Distr. W.D. Miss.) (orgaan- en weefselwegname); *Newman v. Sathyavaglswaran*, 287 F.3d 786 (US App. 9th Cir. 2002) (hoornvlieswegname bij lijk); *Martin v. Kim*, 2005 WL 2293797 (U.S. Distr. C. N.D. Ind.) (orgaanwegname).

⁴²⁹⁰ R. DIERKENS, *Lichaam en lijk*, 1962, 176; J.K.M. GEVERS, "Transplantatiegeneeskunde en recht" in V.G.H.J. KIRKELS (ed.), *Transplantatie en mensbeeld*, 1992, (23) 24; D. SPERLING, *Posthumous Interests*, 2010, 114-115. *Contra*: Concl. Adv-Gen. VAN ASCH VAN WIJK onder Hoge Raad 25 juni 1946, *NJ* 1946, (648) 650-651; J. PY, o.c., *Gaz. Pal.* 1968, (84) 85; X. LABBÉE, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, 1990, 298 en 302, die het lijk als een toekomstig goed van de overledene beschouwt.

⁴²⁹¹ Schijnbaar *contra*: T. VANSWEEVELT, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1559) 1575, die stelt dat de familie de eigendom verkrijgt louter als gevolg van het overlijden.

⁴²⁹² Art. 2228 BW. *Contra*: D. SPERLING, *Posthumous Interests*, 2010, 126-127, die eigendom op het lijk afwijst wegens gebrek aan bezit, aangezien de familie doorgaans geen fysieke controle zal hebben over het lijk dat zich in het ziekenhuismortuarium zal bevinden.

⁴²⁹³ Zie al *supra* Deel III, Hoofdstuk I, Afd. 1, § 2, B.2.

⁴²⁹⁴ In gelijkaardige zin zowel voor- als tegenstanders van het eigendomsrecht op het lijk: W.P., noot onder Hoge Raad 25 juni 1946, *NJ* 1946, (651) 651; J.H.S. VAN HERTEN, o.c., *WPNR* 1984, (155) 161 en 163; W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 34-38; D. SPERLING, *Posthumous Interests*, 2010, 131-132; T. VANSWEEVELT, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1559) 1574.

aanknopingspunt dienen (*infra* a, punt 1 t.e.m. 4). Ze worden hieronder eerst onderzocht, om vervolgens de vergelijking met de praktijk te kunnen maken (*infra* b).

a. Theorie

1) *Artikel 10 Orgaantransplantatiewet*

907. Vroeger gaf artikel 10 Orgaantransplantatiewet aan bepaalde nabestaanden een eigen verzetsrecht, dat weliswaar *subsidiair* was aan de wil van de donor zelf.⁴²⁹⁵ De wettelijke erkenning van dergelijk recht is zeker geen rariteit. In Nederland, het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten hebben bepaalde naasten nu nog steeds het recht om te beslissen over orgaanwegneming indien de donor zelf geen donatieverklaring aflegde. Met dit subsidiaire bepalingsrecht mogen de naasten dan de (vermeende) wil van de donor, maar evengoed hun eigen wil uiten.⁴²⁹⁶

In het buitenland wordt soms zelfs aan bepaalde naasten een *primaire* bepalingsrecht toegekend, voornamelijk ten aanzien van orgaanwegneming bij minderjarige kinderen. Zo mag in Frankrijk enkel tot orgaanwegneming bij een overleden minderjarige (of een overleden bevoogde meerderjarige) worden overgegaan mits toestemming van de ouders of de voogd.⁴²⁹⁷ In Nederland en de Verenigde Staten wordt het primaire beslisrecht nog scherper geformuleerd. Zo kan in Nederland orgaanwegneming bij een overleden minderjarige onder de twaalf jaar slechts met toestemming van de ouders en kan orgaanwegneming bij een overleden minderjarige onder de zestien jaar niet indien de ouders zich verzetten, ook al gaf deze minderjarige wél toestemming.⁴²⁹⁸ In de Verenigde Staten kunnen de ouders ten slotte tegen de wil van de niet-geëmancipeerde minderjarige beslissen om al dan niet orgaanwegneming toe te staan.⁴²⁹⁹

908. Zoals al aangehaald, werd het verzetsrecht van de nabestaanden in 2007 uit artikel 10 Orgaantransplantatiewet geheel geschrapt, zonder veel discussie en met de bedoeling om steeds de wil van de donor zelf te laten primeren. Niettemin blijkt het huidige artikel 10 de naleving van de wil van de donor toch niet altijd te kunnen waarborgen.

Enerzijds kunnen de naasten de wil van de donor omzeilen. Zo zal de arts hen consulteren omtrent de wil van de overledene donor. De naasten kunnen dan evengoed hun

⁴²⁹⁵ Oud art. 10, § 4, 3° Orgaantransplantatiewet.

⁴²⁹⁶ Nederland: art. 11, leden 1, 2 en 6 WOD; D.Y.A. VAN MEERSBERGEN, “Wet op de orgaandonatie” in G.R.J. DE GROOT, T.A.M. VAN DEN ENDE, L.E. KALKMAN-BOGERD en J.J.M. LINDERS (eds.), *Gezondheidsrecht: tekst & commentaar*, Deventer, Kluwer, 2013, (1481) 1507; J. SIJMONS, o.c., *NTBR* 2013, (259) 262. Zie weliswaar vóór de inwerkingtreding van de WOD de stelling dat de naasten slechts de wil van de donor zouden mogen vertolten: E.D. HIRSCH BALLIN, *Juridische aspecten van orgaantransplantaties*, 1968, 15 en 16; J.E.M. AKVELD, *Transplantatie en wetgeving*, 1987, 134 en 142; W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 41 en 135-136. Verenigd Koninkrijk: sec. 1(1)(c) en Schedule 1, part 1, (7) *iuncto* sec. 2(7) en sec. 3(6)(c) HTA 2004; Human Tissue Authority Code of practice 2: donation of solid organs for transplantation (2014), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, nrs. 101-103 en 106, waar weliswaar wordt benadrukt dat bij de naasten eerst naar de wil van de donor zelf moet gepolst worden. Zie ook: Human Tissue Authority Code of practice 1: Consent (2009), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, nr. 46 en 76. Verenigde Staten: sec. 9 UAGA (2006); H. YOUNG, o.c., *Marq. Elder's Advisor* 2013, (197) 236-237. Zie over het principe van voorrang van de wil van de donor zelf (systeem van ‘first person consent’ of ‘donor designation’): Preamble, sec. 7(d), sec. 8(a) en comment bij sec. 8 UAGA (2006); ACOT Recommendation 19, www.organdonor.gov; S. KURTZ, C.W. STRONG en D. GERASIMOW, “The 2006 Revised Uniform Anatomical Gift Act – A Law to Save Lives”, *Health Law Analysis* 2007, (44) 45; A.-C. SQUIFFLET, o.c. in G. RANDHAWA en S. SCHICKTANZ (eds.), *Public Engagement in Organ Donation and Transplantation*, 2013, (36) 38.

⁴²⁹⁷ Art. L1232-2 Code de la santé publique. Naar deze regel werd al verwezen in Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220-9, 39.

⁴²⁹⁸ Art. 11, lid 3 en art. 12 WOD. Zie voor kritiek: J. VAN RAAK-KUIPER, “De rechtspositie van minderjarigen en de Wet op de orgaandonatie”, *FJR* 1998, (114) 117.

⁴²⁹⁹ Sec. 8(g) en (h) UAGA (2006).

eigen wil doorgeven.⁴³⁰⁰ Sommige naasten kunnen zelfs al vóór het overlijden verzet aantekenen in naam en voor rekening van wilsonbekwame potentiële donoren (art. 10, § 2 Orgaantransplantatiewet). Ook dan kan het *de facto* om de eigen wil van de vertegenwoordigende naaste gaan, zodat zijn wil uiteindelijk na overlijden zal gelden.

Anderzijds zouden ook de artsen de wil van de donor kunnen omzeilen ten voordele van de naasten. Terwijl het *verzet* van de donor steeds moet worden gerespecteerd (art. 10, § 4 Orgaantransplantatiewet), kan hetzelfde niet worden gezegd van de (uitdrukkelijke of veronderstelde) *toestemming* van de donor. Artikel 10, § 1, lid 1 Orgaantransplantatiewet stelt immers enkel dat bij gebrek aan donorverzet de organen “*mogen*” worden weggenomen. De wet verbiedt dus niet dat artsen het verzet van de naasten respecteren en laat hen zo enige beoordelingsvrijheid.⁴³⁰¹ Deontologisch werd hierover evenwel geen duidelijk standpunt van de Nationale Raad van de Orde van geneesheren gevonden. Terwijl in sommige adviezen de wil van de naasten wel van belang wordt geacht,⁴³⁰² wordt elders de medewerking aan orgaanwegneming *post mortem* als een deontologisch plicht beschouwd⁴³⁰³ of wordt er gesteld dat de arts slechts moet polsen naar een verzet van de donor en niet naar de toelating van de familie⁴³⁰⁴. Hoe dan ook blijkt de Nationale Raad vooralsnog een verbod op naleving van het eigen verzet van de naasten te hebben uitgedrukt.

2) Artikel 12 Orgaantransplantatiewet

909. Hoewel het eigen verzetsrecht van de naasten uit de Orgaantransplantatiewet is geschrapt, heeft deze wet nog wel aandacht voor de eigen belangen van de naasten. Artikel 12, lid 1 Orgaantransplantatiewet bepaalt immers: “*Het wegnemen van de organen en het sluiten van het lichaam moeten gebeuren met respect voor het lijk en bezorgdheid voor de gevoelens van de familie*” (eigen onderlijning). In de memorie van toelichting beperkte de wetgever zich ertoe te stellen dat deze bepaling zeer belangrijk is voor de familie van de overledene en dat zij verder geen commentaar vereist.⁴³⁰⁵ Toch moet deze ogenschijnlijk evidente bepaling hieronder nader worden ontleed om te kunnen evalueren in hoeverre ze relevant is voor de zelfbepaling van de naasten.

910. Het valt allereerst op dat er aan de schending van artikel 12 Orgaantransplantatiewet als één van de enige bepalingen geen strafbaarstelling werd gekoppeld. Dit is op het eerste gezicht vreemd. Een gebrek aan respect voor het lijk en voor de gevoelens van de familie kan slecht zijn voor het imago van orgaantransplantatie, zodat het publiek vertrouwen in de

⁴³⁰⁰ Zie *supra* § 1, A van deze Afdeling.

⁴³⁰¹ H. NYS en G. VAN BEEUMEN, o.c. in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (38) 42. Zie reeds: P. MICHIELSEN, o.c., *J. R. Soc. Med.* 1996, vol. 89, (663) 664 ; Vraag om uitleg van mevr. Vera Jans tot de heer Steven Vanackere, Vlaams minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin, over sensibilisering rond orgaandonatie, *Hand. VI. Parl.* 2007-08, 27 mei 2008, 13 . Vgl. W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 222.

⁴³⁰² Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 20 oktober 1984 betreffende het post-mortem afnemen van organen met het oog op transplantatie – Diagnostiek hersendood, <http://www.ordomedic.be>, bevestigd door Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 11 april 1987 betreffende orgaantransplantatie, <http://www.ordomedic.be>; Advies van de Nationale Raad van de Orde van Geneesheren van 21 maart 1987 betreffende operatietechnieken op cadavers, www.ordomedic.be.

⁴³⁰³ Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 14 december 1991 betreffende de wegneming van organen, www.ordomedic.be.

⁴³⁰⁴ Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 11 april 1987 betreffende orgaantransplantatie, www.ordomedic.be; Advies van de Nationale Raad van de Orde van Geneesheren van 20 juni 1987 betreffende orgaantransplantatie, www.ordomedic.be.

⁴³⁰⁵ Memorie van toelichting, *Parl. St. Senaat* 1984-85, nr. 832/1, 11. Vgl. UK: Human Tissue Authority Code of practice 1: Consent (2009), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, nr. 47.

transplantatiepraktijk zou dalen.⁴³⁰⁶ Dit kan op zijn beurt nefast zijn voor de donatiebereidheid en dus ook voor de gezondheid van alle potentiële orgaanontvangers. Meer algemeen kan ook worden gesteld dat onze menselijkheid en samenleving gevormd worden door de wijze waarop we met de doden omgaan.⁴³⁰⁷ Artikel 12 dient aldus onrechtstreeks een algemeen belang, zodat een publiekrechtelijke handhaving via het strafrecht logisch zou zijn.

Blijkbaar werd artikel 12 veeleer als een deontologische norm beschouwd.⁴³⁰⁸ Ook dit is vreemd. Het is niet zozeer de taak van de wetgever, maar veeleer die van de Orde van geneesheren. Al vóór de inwerkingtreding van de Orgaantransplantatiewet had de Nationale Raad van de Orde gesteld dat de gevoelens van de naastbestaanden van de donor moeten worden geëerbiedigd.⁴³⁰⁹ In die zin heeft artikel 12 dus al een tuchtrechtelijke component.

Hoe dan ook kunnen de naasten de verplichting van artikel 12 doen handhaven door schadevergoeding te vorderen via de algemene regels van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid.⁴³¹⁰ Dit veronderstelt allereerst dat de naasten een fout kunnen bewijzen. Een fout vereist ofwel de schending van de algemene zorgvuldigheidsnorm, ofwel de schending van een welbepaald gebod/verbod. *In casu* kan de schending van de plicht tot respect en bezorgdheid uit artikel 12 Orgaantransplantatiewet als de schending van zo'n gebod worden beschouwd en dus op zich volstaan als fout. Nochtans is dit gebod dermate ruim dat het voor een groot stuk alsnog een algemene zorgvuldigheidstoetsing zal vereisen. Naast het bestaan van een fout moeten de naasten ook nog schade in causaal verband met deze fout bewijzen. Wellicht zal het voornamelijk gaan om morele schade van de naasten wegens het kwetsen van hun gevoelens. Hier schuilt een mogelijke hindernis voor het causaliteitsbewijs. De naasten zullen mogelijk immers door het loutere feit van het overlijden van hun geliefde al morele schade lijden. De verweerder zou dan kunnen aanvoeren dat de morele schade niet door de fout, maar enkel door het overlijden is veroorzaakt. De naasten zullen dan moeten bewijzen dat de fout deze schade op z'n minst heeft verergerd.

911. In het licht van de aansprakelijkheidstoetsing moet het bestaan van 'respect' en 'bezorgdheid' conform artikel 12, lid 1 Orgaantransplantatiewet objectief door de rechter worden beoordeeld, zoals steeds bij de foutbeoordeling het geval is. Zoals al opgemerkt, gaat het hier om ruim interpreteerbare noties. Enkele concretere parameters worden hierna overlopen aan de hand van de handelingen waarop artikel 12 van toepassing is.

Allereerst is respect en bezorgdheid vereist bij de *sluiting van het lijk*, zoals aangegeven in artikel 12, lid 1 Orgaantransplantatiewet. Hier impliceren respect en bezorgdheid dat het uiterlijk van het lijk zo goed mogelijk esthetisch hersteld wordt in zijn oorspronkelijke staat, zoals de naasten hem kenden.⁴³¹¹ Concreet betekent dit onder meer verzorgde hechtingen, verwijderen van catheters en opvulling met kunstmateriaal.

⁴³⁰⁶ B. VAN HAELEWIJCK, *Don d'organes. Don de tissus*, 2002, 29; W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 109. Vgl. ook: N. NEFUSSY-LEROY, *Organes humains*, 1999, 55.

⁴³⁰⁷ Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220-9, 40; F. SWENNEN, *o.c.*, TPR 2013, (1489) 1532.

⁴³⁰⁸ Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220-9, 39.

⁴³⁰⁹ Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 20 oktober 1984 betreffende het post-mortem afnemen van organen met het oog op transplantatie – Diagnostiek hersendood, <http://www.ordomedic.be>, bevestigd door Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 11 april 1987 betreffende orgaantransplantatie, <http://www.ordomedic.be>.

⁴³¹⁰ T. VANSWEEVELT, *o.c.* in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1559) 1567.

⁴³¹¹ S. TACK, *o.c.*, *Orpadt forum* 2006, jaargang 7, nr. 1, (20) 32; art. 18 Transplantatieprotocol EVRM-Bio en Memorie van toelichting Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 104; art. L1232-5 Code de la santé publique (hierover: P. PEDROT, *o.c.* in A. SÉRIAUX (ed.), *Le droit, la médecine et l'être humain*, 1996, (165) 169; T. GRUEL, *Le droit ébranlé par les manipulations du corps*, 2002, 519; Rapport P.-L. FAGNIEZ, n° 761, 9 april 2003, Projet de loi relatif à la bioéthique, 73). Zie ook: W. DREESSEN, *o.c.*, *Jura Falc.* 1984-85, (500) 511, die stelt dat de sporen van de wegneming zoveel mogelijk

Na het sluiten van het lijk volgt de *opbaring van het lijk*. Hieromtrent concretiseert artikel 12, lid 2 Orgaantransplantatiewet zelf al de plicht tot bezorgdheid voor de gevoelens van de familie. Zo bepaalt het dat het opbaren zo snel mogelijk moet gebeuren zodat de familie de ‘afgestorvene’ zo spoedig mogelijk kan groeten.⁴³¹² Orgaanwegname mag dit normale begrafenisritueel m.a.w. niet verhinderen.⁴³¹³ Hier moet nog worden opgemerkt dat schending van de nagedachtenis van de overledene, wat niet noodzakelijk hetzelfde is als de kwetsing van de gevoelens van de naasten, vanaf de opbaring het misdrijf grafschennis (art. 453 Sw.) kan uitmaken.⁴³¹⁴

Ten slotte moet volgens artikel 12, lid 1 Orgaantransplantatiewet ook de *orgaanwegname* zelf met het nodige respect en voldoende bezorgdheid gebeuren. Dit kan impliceren dat bepaalde delen van het lichaam niet mogen worden weggenomen.⁴³¹⁵ Er kan eveneens gedacht worden aan het ontvangen van de naasten in het kader van de wegnemingsprocedure in een gepast lokaal⁴³¹⁶ en met de nodige psychologische steun en empathie⁴³¹⁷. Bezorgdheid kan verder impliceren dat de naasten informatie krijgen over de dood en de wegnemingsintentie, maar ook ruimer over onder meer het praktische verloop van de gehele procedure.⁴³¹⁸ Uiteindelijk kan men er niet omheen dat de verwijzing naar de ‘gevoelens van de familie’ een subjectief element aan de objectieve aansprakelijkheidstoetsing toevoegt. De wet lijkt zo te impliceren dat de wegneming niet mag plaatsvinden wanneer de familie zelf vindt dat het lijk daardoor respectloos zou worden behandeld.⁴³¹⁹ Aldus zou men in artikel 12 een correctie op het ontbreken van een eigen verzetsrecht van de naasten kunnen lezen. Dit strookt met artikel 10 Orgaantransplantatiewet, dat dergelijk verzet niet verbiedt. Het spreekt echter voor zich dat dit hoe dan ook geen rechtszekere grondslag voor een verzetsrecht van de naasten inhoudt.

3) Artikel 3ter, § 2, lid 2 Orgaantransplantatiewet

912. Overeenkomstig artikel 3ter, § 2, lid 2 Orgaantransplantatiewet en de bijhorende uitvoeringsbesluiten⁴³²⁰ moet de noodzakelijke informatie voor de karakterisering (bv. ziektegeschiedenis, risicogedrag)⁴³²¹ worden ingewonnen bij de familie van de overleden donor

verwijderd moeten worden; A.-C. SQUIFFLET, “Le don d’organes après le décès: mode d’emploi”, *Jurimag* 2012, nr. 10, (11) 12, die stelt dat een open kist mogelijk moet zijn; T. VANSWEEVELT, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1559) 1567, die spreekt van het recht op een onverminkt lijk.

⁴³¹² Dit kan reeds in het mortuarium: B. VAN HAELEWIJCK, *Don d’organes. Don de tissus*, 2002, 97; S. TACK, o.c., *Orpadt forum* 2006, jaargang 7, nr. 1, (20) 32. Zie over het toezicht op de respectvolle behandeling van het lijk in het mortuarium: Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 20 juni 1992 betreffende de wegneming van weefsels bij lijken, www.ordomedic.be.

⁴³¹³ *Hand. Kamer* 1985-86, 3 juni 1986, 1213.

⁴³¹⁴ Zie ook al *supra* Afd. 2, § 1, A.2. van dit Hoofdstuk.

⁴³¹⁵ Zie uitgebreider *infra* Hoofdstuk IV, Afd. 2, § 2, C.5. van dit Deel.

⁴³¹⁶ Vgl. art. R1233-7, 5° Code de la santé publique.

⁴³¹⁷ Vgl. ACOT Recommendation 19, www.organdonor.gov; Human Tissue Authority Code of practice 2: donation of solid organs for transplantation (2014), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, nr. 103 ; 42 CFR § 486.342 en 42 CFR § 482.45(a)(4) en 42 CFR § 485.643 (d).

⁴³¹⁸ S. TACK, o.c., *Orpadt forum* 2006, jaargang 7, nr. 1, (20) 30 (afspraken waar en wanneer men de overleden kan groeten). Vgl. Advies nr. 115 van 7 april 2011 van het Comité Consultatif National d’Éthique pour les sciences de la vie et de la santé, “Questions d’éthique relatives au prélèvement et au don d’organes à des fins de transplantation”, <http://www.ccne-ethique.fr>, 13 (informatie over kans dat wegneming toch niet doorgaat). Zie echter: *Carey v. New England Organ Bank*, 843 N.E.2d 1070 (Sup. C. Mass. 2006), waar werd geoordeeld dat het verzwijgen van de ongeschiktheid van de donor voor transplantatie (om vervolgens nog wel weefsels voor onderzoek weg te nemen) geen schending van het *informed consent*-vereiste ten aanzien van de familie uitmaakt, aangezien een informatieplicht over de ongeschiktheidsrisico’s dan tot gedingen zou kunnen leiden telkens wanneer een gedoneerd orgaan ongeschikt blijkt, wat de orgaanwegnemingspraktijk zou bemoeilijken.

⁴³¹⁹ Zie ook: Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220-9, 40-41, waar werd gezegd dat het getuigt van respect voor de levenden wanneer aan de nabestaanden wordt gevraagd of ze instemmen met de wegname van organen.

⁴³²⁰ Art. 10/6, lid 2 KB Transplantatiecentra; art. 13, 6° KB Donorcoördinatie.

⁴³²¹ Zie hierover ook *infra* Deel VI, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, A.1.

of bij andere personen. Indien aldus de naasten om deze noodzakelijke informatie gevraagd worden, maar zij tegen orgaanwegneming zouden zijn, dan zouden ze hun medewerking bij het verstrekken van deze informatie kunnen weigeren. Voor zover hierdoor de transplantatie niet op een veilige manier zou kunnen plaatsvinden, kunnen de naasten onrechtstreeks hun verzet afdwingen.⁴³²² Weliswaar zou de informatie ook via andere kanalen verkregen kunnen worden. Bovendien hebben artsen bij gebrek aan karakteriseringsinformatie een beoordelingsmarge om desgevallend toch te transplanteren.⁴³²³ De karakteriseringsplicht is dus niet zo'n sterke grondslag voor een eigen verzetsrecht van de naasten.

4) *Artikel 8 iuncto 12-14 Wet Patiëntenrechten*

913. Soms is het wenselijk dat er al voorbereidende handelingen voor de orgaanwegneming worden gesteld wanneer de donor wilsonbekwaam, maar nog in leven is (m.n. bij *non-heart-beating* donoren van categorie III⁴³²⁴). Hiervoor zal krachtens artikel 8 *iuncto* 12 of 14 Wet Patiëntenrechten toestemming moeten worden verkregen van de wettelijke vertegenwoordigers van de patiënt, zoals aangeduid in voornoemde bepalingen. Deze zullen doorgaans de naasten van de donor zijn.⁴³²⁵ Indien zij tegen de orgaanwegneming zijn, zouden zij zo de toestemming tot de voorbereidende handelingen kunnen weigeren op basis van hun eigen wensen.⁴³²⁶ Indien de geweigerde voorbereidende handelingen noodzakelijk zijn voor het welslagen van de orgaanwegneming en -transplantatie, zouden de naasten als patiëntenvertegenwoordigers onrechtstreeks hun verzet tegen orgaanwegneming kunnen afdwingen.⁴³²⁷ Deze mogelijkheid zal zich echter niet in alle gevallen voordoen, zodat de vertegenwoordigingsbevoegdheid evenmin een betrouwbare grondslag voor een eigen verzetsrecht van de naasten inhoudt.

b. *Praktijk*

914. Hierboven is gebleken dat er sinds 2007 geen uitdrukkelijk wettelijk verzetsrecht voor de naasten meer bestaat. In de praktijk lijkt de wettelijke afschaffing van het verzetsrecht van de naasten echter niet tot een grote breuk met het verleden te hebben geleid. Zoals eerder besproken, bestaat sinds 1987, dus lang vóór de invoering van de wettelijke consultatieplicht in 2012 (art. 10, § 2, lid 2 Orgaantransplantatiewet), een deontologische plicht tot het polsen naar de wil van de donor bij de naasten.⁴³²⁸ In het raam van deze deontologische consultatieplicht hebben artsen ook steeds veel aandacht gehad voor de wensen van de naasten zelf.⁴³²⁹ Bij

⁴³²² In die zin: EDQM, "Organ Shortage: Current Status and Strategies for the Improvement of Organ Donation – A European Consensus Document", 2003, http://www.edqm.eu_nr_4.6.1; Commentary bij guiding principle 1, WHO Guiding Principles on Human Cell, Tissue and Organ Transplantation (2010), <http://www.who.int>; ORGAN DONATION TASKFORCE, *The potential impact of an opt out system for organ donation in the UK*, 2008, www.odt.nhs.uk, 12.

⁴³²³ *Infra* Deel VI, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, A.1.

⁴³²⁴ Zie hierover *supra* Hoofdstuk I, Afd. 3, § 2, B.2.b. van dit Deel.

⁴³²⁵ Zie reeds *supra* § 1, B.3. van deze Afdeling, over het recht op informatie van de naasten.

⁴³²⁶ Artikel 15, § 2 Wet Patiëntenrechten laat de arts weliswaar toe om in het belang van de patiënt en teneinde een bedreiging van diens leven of een ernstige aantasting van diens gezondheid af te wenden, af te wijken van de vertegenwoordigersbeslissing. De voorbereidende handelingen zullen echter niet noodzakelijk de vereiste graad van ernst bereiken opdat de vertegenwoordigersbeslissing ter zijde kan worden gelegd.

⁴³²⁷ Vgl. F. BILGEL, *The law and economics of organ procurement*, 2011, 26.

⁴³²⁸ Zie *supra* § 1, B.2. van deze Afdeling.

⁴³²⁹ De manier waarop men dit doet (slechts kans tot verzet geven, dan wel uitdrukkelijk naar verzet of toestemming vragen), blijkt te variëren in de praktijk: H. NYS, *o.c.*, RW 1983-84, (2357) 2368-2369; I. BOONE, *o.c.*, TPR 1996, (91) 123-125; BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, *Organ donation in the 21st century: Time for a consolidated approach*, London, BMA, 2000, 14; S. GEVERS, A. JANSSEN en R. FRIELE, "Consent Systems for Post Mortem Organ Donation in Europe", *EJHL* 2004, (175) 178 en 184; R.D. FRIELE *et al.*, *Derde evaluatie Wet op de orgaandonatie*, Den Haag, ZonMw, 2006, 109; H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 2005, 429; A. VIJVERMAN, S. TACK en F. DEWALLENS, "Het post mortem-gebruik van lichaamsmateriaal voor

consultatie blijken de naasten zich dan in ongeveer 10 à 15% van de gevallen te verzetten.⁴³³⁰ Indien de donor zelf geen uitdrukkelijke toestemming heeft gegeven, dan zal ondanks de wettelijke toelating tot wegneming (art. 10, § 1, lid 1 Orgaantransplantatiewet)⁴³³¹ in principe het verzet van de naasten gerespecteerd worden.⁴³³² Maar ook indien de donor zelf wél toestemming heeft uitgedrukt, gebeurt het blijkbaar dat het verzet van de naasten wordt nageleefd.⁴³³³

Interessant genoeg is dit ‘*de facto* verzetsrecht’ helemaal niet uniek aan België. In Frankrijk, Nederland, het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten wordt in de praktijk eveneens steeds het verzet van de naasten gerespecteerd, zelfs als de donor wel toestemming tot orgaanwegneming had gegeven.⁴³³⁴ Het *de facto* verzetsrecht is een opmerkelijke

wetenschappelijk onderzoek”, *T. Gez.* 2007-08, (274) 275; Vraag om uitleg van mevr. Vera Jans tot de heer Steven Vanackere, Vlaams minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin, over sensibilisering rond orgaandonatie, *Hand.* VI. Parl. 2007-08, 27 mei 2008, 13; H. NYS, “De ontwikkeling van het gezondheidsrecht in 2007 en 2008”, *T. Gez.* 2009-10, (87) 115, nr. 171; J. MATTHIJS, “Interview met Luc Colenbie, transplantcoördinator aan het UZ Gent”, 2009, www.demaakbaremens.org; H. NYS, “Belgium” in R. BLANPAIN en M. COLUCCI (eds.), *International Encyclopaedia of Laws. Volume 1: Medical Law*, Deventer, Kluwer, losbl., 162.

⁴³³⁰ *Vr. en Antw.* Kamer 2003-04, 5 mei 2004, (Vr. nr. 175 J.-L. CRUCKE); Vraag om uitleg van mevrouw Fatma Pehlivan aan de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid over “de transplantatie en donatie van organen”, *Hand.* Senaat 2004-05, 24 februari 2005, (Vr. nr. 3-602); *Vr. en Antw.* Senaat 2004-05, 4 februari 2005, 2739 (Vr. nr. 3-2179 H. VANDENBERGHE); *Vr. en Antw.* Kamer 2009-10, 15 december 2009, Vr. nr. 39 R. DEFREYNE; *Vr. en Antw.* Senaat 2008-09, 23 maart 2009, Vr. nr. 329 K. DELLA FAILLE DE LEVERGHEM; 11, nr. 5-666/3, 21. *Vr. en Antw.* Kamer 2008-09, 14 januari 2009, Vr. nr. 171 M. PRÉVOT; Wetsvoorstel betreffende het wegnemen van organen bij wilsonbekwame levende personen, *Parl. St.* Kamer 2010-11, nr. 53-1780/1, 3; Verslag BROTCCHI en TEMMERMAN, *Parl. St.* Senaat 2010-11, nr. 5-666/3, 21; Verslag BURGEON, *Parl. St.* Kamer 2011-12, nr. 2158/2, 9.

⁴³³¹ *Cf. infra* Hoofdstuk IV van dit Deel, over het *presumed consent*-systeem.

⁴³³² “Dubbel zoveel orgaandonoren in twee jaar tijd”, *De Morgen* 11 mei 2007, 3; J. MAEIJER, “Transplantatie van organen: opnieuw bezien”, *TPR* 2008, (1) 6; *Vr. en Antw.* Kamer 2007-08, 23 juni 2008, (Vr. nr. 218 A. FLAHAUT); *Vr. en Antw.* Kamer 2009-10, 15 december 2009, (Vr. nr. 39 R. DEFREYNE); *Vr. en Antw.* Kamer 2008-09, 14 januari 2009, (Vr. nr. 171 M. PRÉVOT); Vraag om uitleg van mevr. Vera Jans tot de heer Steven Vanackere, Vlaams minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin, over sensibilisering rond orgaandonatie, *Hand.* VI. Parl. 2007-08, 27 mei 2008, 13; “Allemaal naar eenzelfde wet orgaandonatie?”, *Artsenkrant*, 5 november 2010; “Hoe kijken moslims aan tegen orgaandonatie?”, *Artsenkrant*, 26 oktober 2010; H. NYS, *Recht en bio-ethiek*, 2010, 141; N. VAN GELDER, “Post-Mortem Donation – Presumed Consent for Research Purposes? A comparative study”, *CD of proceedings of the 18th World Congress on Medical Law* 2010, 4; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2010, 741-742 en voetnoot 513; Wetsvoorstel tot wijziging van de wet van 13 juni 1986 over het wegnemen en transplanteren van organen om kandidaat-bestuurders hun wil te laten uitdrukken op de aanvraag om een rijbewijs, *Parl. St.* Kamer 2011-2012, nr. 35-1843/001; Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 102; A.-C. SQUIFFLET, o.c. in G. RANDHAWA en S. SCHICKTANZ (eds.), *Public Engagement in Organ Donation and Transplantation*, 2013, (36) 41; F. VERSCHUREN *et al.*, o.c. in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (68) 75; S. DESMET en M. DELBOUILLE, “Begeleiding van de familie van een potentiële orgaandonor” in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (128) 131-132; Dossier Transplantatie, *magUZA*. Zie reeds vóór de afschaffing van het wettelijke verzetsrecht in 2007: T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 62-63; *Vr. en Antw.* Kamer 1999-00, 28 december 1999, (Vr. nr. 46 Y. LETERME); B. VAN HAELEWIJCK, *Don d’organes. Don de tissus*, 2002, 28; B. VAN HAELEWIJCK, o.c. in A. VAN ORSHOVEN en Y. EGBERT (eds.), *“Levenstestament” en andere voorafgaande wilsverklaringen*, 2003, (153) 159; *Vr. en Antw.* Senaat 2005-06, 25 januari 2006, Vr. nr. 3-4200 THIJS; M. COSYNS, “Een handleiding voor de laatste wil”, *De Morgen*, 18 oktober 2006; S. TACK, o.c., *Orpadt forum* 2006, jaargang 7, nr. 1, (20) 24; N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nr. 128.

⁴³³³ *Vr. en Antw.* Kamer 2011-12, 18 januari 2012, Vr. nr. 189 P. LOGGHE; Dossier orgaantransplantatie, *magUZA* oktober 2014, 21. Zie ook voor *non-heart-beating* donatie, waar men ethisch gezien de toestemming van de familie noodzakelijk acht(te): P. SCHOTSMANS, “Een ethisch advies inzake prelevatie van organen bij non heart beating donoren”, *Acta Hosp.* 1996, (59) 60; D. VAN DEYNSE *et al.*, “Non-Heart-Beating Donor, Renewal of an Old Procedure: A Belgian Experience”, *Transpl. Proc.* 2005, (2821) 2822; S. TACK, o.c., *Orpadt forum* 2006, jaargang 7, nr. 1, (20) 22, 24 en 32.

⁴³³⁴ **Frankrijk:** N. NEFUSSY-LEROY, *Organes humains*, 1999, 75; A. SOULARD, o.c., *Médecine & Droit* 2004, (81) 85; G. MASSARD *et al.*, “Greffes pulmonaire à donneur vivant. Considérations éthiques” in M.-J. THIEL (ed.), *Donner, recevoir un organe: droit, dû, devoir*, Straatsburg, Presses universitaires de Strasbourg, 2009, (282) 285; Advies nr. 115 van 7 april 2011 van het Comité Consultatif National d’Éthique pour les sciences de la vie et de la santé, “Questions d’éthique relatives au prélèvement et au don d’organes à des fins de transplantation”, <http://www.ccne-ethique.fr>, 4; P. DE CRUZ, *Comparative healthcare law*, Londen, Cavendish, 2001, 558. **Nederland:** S. GEVERS, A. JANSSEN en R. FRIELE, o.c., *EJHL* 2004, (175) 180; R.D. FRIELE *et al.*, *Derde evaluatie Wet op de orgaandonatie*, 2006, 62; D.P. ENGBERTS en Y.M. KOSTER-REIDSMA, “Orgaantransplantatie en bloedtransfusie” in D.P. ENGBERTS en L.E. KALKMAN-BOGERT (eds.), *Gezondheidsrecht*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum, 2009 (2^{de} ed.), (121) 128. **Verenigd Koninkrijk:** S. GEVERS, A. JANSSEN en R. FRIELE, o.c., *EJHL* 2004, (175) 181; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 93 en 96; R. RIEU, “The potential impact of an opt-out system for organ donation in the UK”, *J. Med. Ethics* 2010, (534) 534. **Verenigde Staten:** H. COTTER, “Increasing consent for organ donation: mandated choice, individual autonomy, and informed consent”, *Health Matrix* 2011, (599) 602 en 611; R.J. DEVETTERE, *Practical decision making in health care ethics*, Washington, Georgetown University Press, 2000, 516; P. DE CRUZ, *Comparative healthcare*

vaststelling. Hoewel dergelijke praktijk in België strikt gezien niet wettelijk verboden is en soms zelfs impliciet lijkt te worden aangemoedigd,⁴³³⁵ schijnt hij in te gaan tegen de geest van de Orgaantransplantatiewet, die de naasten veeleer als loutere vertolkers van de wil van de donor aanziet.⁴³³⁶ Deze dubbelzinnige situatie dwingt tot de vraag of er niet alsnog een duidelijk eigen verzetsrecht van de naasten in de wet moet worden gelast. Voor een antwoord zal hieronder de mogelijke draagwijdte van het zelfbepalingsrecht van de naasten inzake de orgaanwegneming nader worden onderzocht vanuit zijn algemene grondslagen.

B. Draagwijdte van het zelfbepalingsrecht van de naasten

1. Algemeen: grenzen aan het zelfbepalingsrecht

915. Dankzij de mensenrechtelijke, persoonlijkheidsrechtelijke en zelfs eigendomsrechtelijke grondslag kan het zelfbepalingsrecht van de naasten met betrekking tot het lijk van de donor als uitgangspunt worden genomen. Zoals het zelfbepalingsrecht van de donor op zijn lijk is echter ook dit zelfbepalingsrecht van de naasten vatbaar voor beperkingen. Mensenrechtelijk kunnen deze beperkingen gesteund worden op artikel 8, § 2 EVRM, dat inmenging in het zelfbepalingsrecht toelaat indien ze duidelijk is voorzien bij wet en evenredig is aan een legitiem belang.⁴³³⁷ Persoonlijkheidsrechtelijk kunnen beperkingen gebaseerd worden op de open concepten van openbare orde en goede zeden.⁴³³⁸ Dit geldt eveneens voor de eigendomsrechtelijke benadering.⁴³³⁹

Terwijl orgaanwegneming na overlijden op zich geen ongeoorloofde aanwending van het zelfbepalingsrecht uitmaakt, rijst wel de vraag waar de grenzen van dit zelfbepalingsrecht zich dan precies bevinden. De voornaamste vraag voor België luidt in hoeverre de naasten hun verzet kunnen afdwingen. Ofwel: kan de orgaanwegneming gedwongen zijn ten aanzien van de naasten (*infra* 2)? Tot slot wordt ingegaan op eventuele conflicten tussen meerdere beslissingsgerechtigde naasten (*infra* 3).

2. Gedwongen orgaanwegneming?

a. Gebrek aan wettelijk verzetsrecht

916. Wat indien de donor toestemming tot orgaanwegneming na overlijden heeft gegeven, maar de naasten er zich tegen verzetten? De orgaanwegneming zou in dat geval gedwongen zijn ten aanzien van de naasten. Als zodanig kan ze worden beschouwd als een inmenging in het zelfbepalingsrecht van de naasten in de zin van artikel 8, § 2 EVRM. Ook deze inmenging moet dus voorzien zijn in een duidelijke wettekst om gerechtvaardigd te zijn. Zoals reeds besproken, kan uit het huidige artikel 10, § 1 Orgaantransplantatiewet worden afgeleid dat het

law, 2001, 584 ; A.K. GLAZIER, "Systematic increases in organ donation: the United States experience" in A.-M. FARRELL, D. PRICE en M. QUIGLEY (eds.), *Organ shortage*, 2011, (195) 203; G.J. BANKS, o.c., *Am. J.L. & Med.* 1995, (45) 66; H. YOUNG, o.c., *Marq. Elder's Advisor* 2013, (197) 235; S.N. RODRIGUEZ, "No means no, but silence means yes? The policy and constitutionality of the recent state proposals for opt-out organ donation laws", *FIU L. Rev.* 2011, (149) 150.

⁴³³⁵ *Supra* A.1.a.1) van deze paragraaf.

⁴³³⁶ Zie *supra* § 1, B.1. van deze Afdeling. Zie ook al: A. VIJVERMAN, S. TACK en F. DEWALLENS, o.c., *T. Gez.* 2007-08, (274) 275.

⁴³³⁷ Vgl. *supra* Deel IV, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, C.1. en Afd. 2, § 2 van dit Hoofdstuk. Bv. EHRM, *Ellis Poluhas Dödsbo v. Sweden*, 2006, <http://hudoc.echr.coe.int> (afwijzing van verzoek tot verplaatsing van as naar een ander familiegraf gerechtvaardigd in het belang van de samenleving bij de heiligheid van graven en het respect voor overledenen).

⁴³³⁸ Vgl. *supra* Afd. 2, § 2 van dit Hoofdstuk.

⁴³³⁹ Vgl. *supra* Afd. 2, § 2 van dit Hoofdstuk. Zie ook: Hoge Raad 25 juni 1946, *NJ* 1946, 645, concl. Adv.-Gen. VAN ASCH VAN WIJK en noot W.P.

verzet van de naasten de orgaanwegneming niet noodzakelijk ongeoorloofd maakt. Daarentegen blijkt het naastenverzet in de praktijk vaak wel te worden gerespecteerd, hoewel niet volledig duidelijk is in welke mate.⁴³⁴⁰

b. Legitieme belangen van donoren en ontvangers

917. Naast een wettelijke basis moet de inmenging in het zelfbepalingsrecht van de naasten één van de legitieme belangen opgesomd in artikel 8, § 2 EVRM behartigen. Tegenover het verzetsrecht van de naasten inzake orgaanwegneming kunnen hoofdzakelijk twee legitieme belangen geplaatst worden.

Enerzijds zijn er de rechten en vrijheden van anderen, meer bepaald het zelfbepalingsrecht van de donoren. Op basis van hun zelfbepalingsrecht kunnen de donoren kiezen voor orgaanwegneming na hun overlijden. Door orgaandonatie kan de donor zijn persoonlijkheid ontplooien.⁴³⁴¹

Anderzijds is er het belang van de volksgezondheid tezamen met de rechten van de ontvangers. Dankzij orgaanwegneming kan worden overgegaan tot orgaantransplantaties die het leven van de ontvangers kunnen redden of althans sterk verbeteren.⁴³⁴²

c. De evenredigheidsafweging

1) *Overzicht van opties*

918. Vervolgens moet de inmenging in het zelfbepalingsrecht van de naasten ook evenredig zijn aan de beoogde legitieme belangen, wat op een belangenafweging neerkomt. Aangezien er geen Europese consensus over het verzetsrecht van de naasten bestaat, zal het EHRM hier wellicht een ruime appreciatiemarge aan de overheid toekennen.⁴³⁴³ De afweging van het belang van de naasten tegenover het belang van de donor en/of de ontvangers is evenwel geen sinecure en heeft in de Belgische en buitenlandse literatuur tot verschillende opvattingen over evenredigheid geleid. Naargelang het gewicht dat aan het belang van de naasten wordt toegekend, zijn m.i. *grosso modo* drie juridische uitkomsten mogelijk: géén verzetsrecht, een subsidiair of ondergeschikt verzetsrecht en een primair of bovengeschikt verzetsrecht.

Hieronder zal dieper worden ingegaan op de evenredigheidsafwegingen waarop deze uitkomsten berusten. Er wordt hierbij uitgegaan van de ruim aanvaarde stelling dat het belang van de donor bij verzet tegen orgaanwegneming steeds voorrang heeft op het belang van de ontvangers.⁴³⁴⁴ Dit wil logischerwijze zeggen dat ondergeschiktheid aan het belang van de ontvangers ondergeschiktheid aan het belang van de donor impliceert.⁴³⁴⁵

⁴³⁴⁰ Zie *supra* A.2.b. van deze paragraaf.

⁴³⁴¹ Zie *supra* A.1. van deze paragraaf.

⁴³⁴² Vgl. *supra* Afd. 2, § 2, C.2. van dit Hoofdstuk.

⁴³⁴³ Zie al *supra* § 2, A.1. van deze Afdeling.

⁴³⁴⁴ Zie *supra* Afd. 2, § 2, C van dit Hoofdstuk over het verbod op gedwongen orgaanwegneming.

⁴³⁴⁵ Hierdoor blijven er m.a.w. nog drie mogelijke schema's over:

1) Belang naasten < Belang ontvangers < Belang donor;
2) Belang ontvangers < Belang naasten < Belang donor;
3) Belang ontvangers < Belang donor < Belang naasten.

2) Geen verzetsrecht

919. De eerste mogelijke uitkomst is dat er géén verzetsrecht aan de naasten moet worden toegekend. Deze uitkomst berust in wezen op de opvatting dat het belang van de naasten ondergeschikt is aan het belang van de ontvanger (en dus aan dat van de donor). Deze ondergeschiktheid geniet ruime steun in de literatuur. Ook de Belgische wetgever lijkt de maatschappelijke ondergeschiktheid van het belang van de naasten aan dat van de ontvangers te aanvaarden, zoals kan worden afgeleid uit de schrapping van oud artikel 10, § 4, 3^o Orgaantransplantatiewet. Verschillende argumenten zijn mogelijk.

Allereerst kan worden gewezen op het grote belang van volksgezondheid. In die zin menen verschillende auteurs m.i. terecht dat het fysieke gezondheidsbelang van de ontvangers sterker is dan het louter morele belang van de naasten.⁴³⁴⁶

Aansluitend kan bij wijze van coherentieargument ook verwezen worden naar de regeling van politionele autopsies.⁴³⁴⁷ Deze kunnen eveneens tegen het verzet van de naasten in plaatsvinden ter behartiging van het algemene belang van strafvervolgning, dat m.i. niet groter is dan het belang van de volksgezondheid.⁴³⁴⁸

Vervolgens kan gewezen worden op het psychosociale voordeel dat orgaanwegname uiteindelijk voor de naasten kan hebben. Zoals al gezegd, kan orgaanwegname met het oog op transplantatie voor de naasten troost bieden en zin geven aan het overlijden van de donor.⁴³⁴⁹ Welnu, dit zou zelfs het geval kunnen zijn indien de naasten zich aanvankelijk verzetten. Dit blijkt bv. uit de activiteiten van het Amerikaanse *Center for Organ Recovery and Education* (CORE), dat bij toestemming van de donor maar verzet van de naasten doorgaat met de donatieprocedure terwijl men de naasten nog wel blijft informeren. Achteraf blijken de naasten dan toch blij te zijn dat de donatie is doorgegaan.⁴³⁵⁰

Daarnaast is er ook het psychosociale nadeel dat het moeten beslissen ten tijde van het overlijden van een dierbare voor de naasten kan opleveren. Zo wordt vaak geargumenteed dat het ongepast is om de rouwende naasten psychisch te belasten met het nemen van een beslissing over orgaanwegname terwijl ze al de psychische last van het (vaak plotse) overlijden van een dierbare moeten verwerken.⁴³⁵¹

⁴³⁴⁶ J. KNOTTENBELT, o.c., *WPNR* 1970, (241) 243 en 249-250; R.A. TORRINGA, o.c., *Ars Aequi* 1970, (1) 5 en 8; A. CHARAF ELDINE, o.c., *Rev. Dr. Sanit.* 1978, (445) 453; H.D.C. ROSCAM ABBING, o.c. in J.E.M. AKVELD et al. (eds.), *Orgaandonatie, een kwestie van bereidheid*, 1988, (97) 100, 107 en 108; *Mansaw v. Midwest Organ Bank*, 1998 WL 386327 (Distr. W.D. Miss.), waar werd geoordeeld dat het eigendomsbelang van één van de ouders van de overledene minder dwingend was dan het staatsbelang van tijdige orgaanwegname; J. HARRIS, o.c., *J. Med. Ethics* 2003, (130) 130-133; H.E. EMSON, o.c., *J. Med. Ethics* 2003, 125-127; K.E. PETERSON, o.c., *Val. U. L. Rev.* 2005, (169) 204-211; K. JANSSEN VAN DOORN, o.c., *T. Gen.* 2006, nr. 20, (1434) 1437; A. SPITAL, o.c., *Kidney Int.* 2006, 607; S.A. WILCOX, o.c., *Dick. L. Rev.* 2003, (935) 949; A. SPITAL en J.S. TAYLOR, o.c., *Transplantation* 2008, 1632; Advies nr. 54 van 10 december 2012 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, <http://www.health.belgium.be>, 19 en 30.

⁴³⁴⁷ *Contra*: B. SLUYTERS, o.c., *WPNR* 1970, (363) 365-366, waar het coherentieargument wordt afgewezen omdat het gebrek aan beslisrecht van de naasten veeleer zou zijn ingegeven vanuit de mogelijkheid dat een van hen zelf het misdrijf heeft gepleegd.

⁴³⁴⁸ Vgl. *supra* Afd. 2, § 2, C.3. van dit Hoofdstuk.

⁴³⁴⁹ Zie al *supra* A.1. van deze paragraaf.

⁴³⁵⁰ H. COTTER, "Increasing consent for organ donation: mandated choice, individual autonomy, and informed consent", *Health Matrix* 2011, (599) 612. Vgl. J. VAN RAAK-KUIPER, "De rechtspositie van minderjarigen en de Wet op de orgaandonatie", *FJR* 1998, (114) 117, die een verzetsrecht van de ouders van een wilsbekwame minderjarige donor afwijst, aangezien handelen volgens de wensen van hun wilsbekwame kind achteraf een bron van troost kan zijn. Zie ook de stelling dat naasten die weigeren, hier achteraf spijt van hebben: B. VAN HAELEWIJCK, *Don d'organes. Don de tissus*, 2002, 107-109; J. HERRING, *Medical law and ethics*, 2006, 383; N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nr. 110.

⁴³⁵¹ Zie in die zin: J.E.M. AKVELD, *Transplantatie en wetgeving*, 1987, 131 en 135; J.K.M. GEVERS, o.c. in V.G.H.J. KIRKELS (ed.), *Transplantatie en mensbeeld*, 1992, (23) 26; Trib. Féd. Zwitserland 16 april 1997, *RUDH* 1997, 286; *Kea v. Mathews*, 970 P.2d 434 [Ct.App. Ariz. 1998], waar het moeten nemen van een donatiebeslissing werd gekwalificeerd als een vergoedbaar mentaal lijden (waarvoor *in casu* degene die de dood van de donor veroorzaakte, aansprakelijk zou zijn); E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 212, die betrokkenheid van de familie afwijst indien het drama te overweldigend is; P. MICHIELSEN, "Criteria for selecting organ donors and recipients", *Health Policy* 1990, (117) 120; B. VAN HAELEWIJCK, *Don d'organes. Don de tissus*, 2002, 170; J. HARRIS,

Ten slotte moet de toestemming van de naasten op zijn minst wilsbekwaam, vrij van dwang, geïnformeerd en oordeelkundig gegeven zijn opdat ze rechtsgeldig is.⁴³⁵² In dit verband stellen sommige auteurs dat de rechtsgeldigheid van het verzet van de naasten betwijfeld moet worden, omdat ze niet meer rationeel en helder zullen denken of informatie verwerken wegens de recente confrontatie met het overlijden van de donor.⁴³⁵³ Ook dit pleit *contra* het toekennen van een verzetsrecht.

920. Op de bovenstaande opvatting is evenwel kritiek mogelijk. Zo wordt af en toe gesteld dat het morele belang bij verzet van de naasten sterker kan zijn dan het gezondheidsbelang van de ontvangers.⁴³⁵⁴

Vervolgens is het argument van troost en zingeving voor de naasten dankzij orgaanwegneming nog niet erg overtuigend. Bij gebreke aan empirische gegevens is het zeer twijfelachtig of ook de naasten in België dergelijk psychosociaal voordeel zouden ervaren indien hun volgehouden verzet werd genegeerd.⁴³⁵⁵

Tegen het argument van de belasting van de rouwende naasten (door ze te laten beslissen) kan worden ingebracht dat een verzetsrecht nog geen belastende *beslisplicht* impliceert. Bovendien willen sommige naasten juist gevraagd worden om hun mening en zullen ze voordeel kunnen halen uit het maken van een beslissing.⁴³⁵⁶

Tegen het argument van het wilsgebrekkige verzet moet voorts worden opgeworpen dat het verzet niet noodzakelijk ongeldig zal zijn, zeker indien het niet om een plots overlijden gaat (bv. wilsonbekwame *non-heart-beating* donor van categorie III). De geldigheid zal ook afhangen van de psychosociale ondersteuning van de naasten, van adequate informatieverstrekking en van het eigen karakter van de naasten.

Een duidelijk argument *pro* het verzetsrecht van de naasten houdt ten slotte verband met de mogelijk gevolgen van de inmenging in het zelfbepalingsrecht van de naasten. Anders dan bij de niet-naleving van de wil van de donor, zal het negeren van het verzet van de naasten leiden tot een confrontatie met hen. Er kan meer bepaald gevreesd worden voor geschillen en zelfs aansprakelijkheidsclaims. Dergelijke conflicten kunnen mits enige publiciteit nefast zijn

o.c., *J. Med. Ethics* 2003, (130) 130-133; H. NYS, "Een toestemmingssysteem is onverenigbaar met toestemming of bezwaar door nabestaanden", *TvGR* 2004, (343) 344; A. SPITAL, *o.c.*, *Kidney Int.* 2006, 607; P. BORRY *et al.*, "Donation after Uncontrolled Cardiac Death (uDCD): A Review of the Debate from European Perspective", *J.L Med. & Ethics* 2008, (752) 758; F. BILGEL, *The law and economics of organ procurement*, 2011, 25; M. BUIJSEN, "Een stapje dichterbij een geen-bezwaarsysteem?", *Ars Aequi* 2014, (93) 99.

⁴³⁵² Vgl. *supra* Afd. 2, § 1, B.2. van dit Hoofdstuk; art. 1108 e.v. BW; Human Tissue Authority Code of practice 1: Consent (2009), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, nrs. 30 en 32 en 60 en 97-100; art. 20, lid 2 WOD (recht op passende informatie); G. ANNAS, *The rights of patients*, New York, New York University Press, 2004 (3^{de} ed.), 323-324, die de weigering van het ziekenhuis tot vrijgave van het lijk aan de naasten voor begrafenisdoeleinden als voorbeeld van mogelijke dwang geeft; H.J.J. LEENEN, *o.c.*, *NJB* 1978, (871) 875.

⁴³⁵³ In die zin: S.M. COOPER, "Consent and organ donation", *Rutgers Computer & Tech. L.J.* 1985, (559) 573; W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 306; J. HERRING, *Medical law and ethics*, 2006, 363; Vraag om uitleg van mevr. Vera Jans tot de heer Steven Vanackere, Vlaams minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin, over sensibilisering rond orgaandonatie, *Hand.* VI. Parl. 2007-08, 27 mei 2008, 13; H. COTTER, "Increasing consent for organ donation: mandated choice, individual autonomy, and informed consent", *Health Matrix* 2011, (599) 610 en 612; J. SIJMONS, *o.c.*, *NTBR* 2013, (259) 263. Zie specifiek over zelfbepaling bij wijze van verzet: Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220-9, 39; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 118-119 en 152.

⁴³⁵⁴ Zie: J.M.M. MAEIJER, *o.c.*, *TPR* 1969, (153) 162; B. SLUYTERS, *o.c.*, *WPNR* 1970, (363) 364-365; *Brotherton v. Cleveland*, 923 F.2d 477 [CA Ohio, 1991]; *Whaley v. County of Tuscola*, 58 F.3d 1111 (6th Cir. 1995).

⁴³⁵⁵ Vgl. A.C. MACDONALD, *o.c.*, *Stan. L. & Pol'y Rev.* 1997, (177) 181, waar tegen gedwongen orgaanwegneming wordt geargumenteed dat dit het helende effect van donatie aan de familie ontnemt; J. DE WISPELAERE en L. STIRTON, *o.c.*, *J. Med. Ethics* 2010, (180) 182.

⁴³⁵⁶ HOUSE OF LORDS EUROPEAN UNION COMMITTEE, *Increasing the supply of donor organs within the European Union. Vol. I: Report*, 2008, www.publications.parliament.uk, 50.

voor het publieke vertrouwen in de transplantatiesector.⁴³⁵⁷ Dit kan op zijn beurt de donatiebereidheid doen dalen.⁴³⁵⁸ Uiteindelijk blijkt het negeren van het verzet van de naasten dus strijdig te kunnen zijn met de belangen van de ontvangers. Bijgevolg is een absolute afwijzing van ieder verzetsrecht van de naasten betwistbaar. Minstens een deel van de praktijk sluit zich hierbij eveneens aan met de erkenning van het *de facto* verzetsrecht.⁴³⁵⁹

3) *Subsidiair verzetsrecht*

921. De tweede mogelijke uitkomst is dat er een subsidiair verzetsrecht aan de naasten moet worden toegekend. Deze uitkomst berust in wezen op de opvatting dat het belang van de naasten bovengeschied is aan het belang van de ontvangers, maar ondergeschikt is aan het belang van de donor. De naasten verdienen dan m.a.w. slechts een verzetsrecht voor de gevallen waarin er geen toestemming vanwege de donor bestaat.

De ondergeschiktheid van de belangen van de ontvangers ten aanzien van de belangen van de naasten werd hierboven al uitvoerig behandeld. Samengevat moet m.i. in principe worden gesteld dat het gezondheidsbelang van de ontvangers voorgaat op het louter morele belang van de naasten, wat op zich pleit *contra* een verzetsrecht. Weliswaar bestaat het risico dat de miskenning van het naasten publieke argwaan creëert en zo de belangen van de ontvangers nefast beïnvloedt. Op de keper beschouwd pleit dit veeleer *pro* een verzetsrecht.

De bovengeschiedtheid van de belangen van de donor ten aanzien van de belangen van de naasten blijkt ruime steun te genieten. Vele auteurs menen namelijk dat de wil van de donor voorgaat op het verzet van de naasten en oordelen zo dat de persoonlijke zeggenschap over het eigen lijk de grootste maatschappelijke waarde toekomt.⁴³⁶⁰ Ook de Belgische wetgever ging

⁴³⁵⁷ Zie: J.E.M. AKVELD, *Transplantatie en wetgeving*, 1987, 142-143 ; J.F. CHILDRESS, o.c. in J.F. BLUMSTEIN en F.A. SLOAN (eds.), *Organ transplantation policy*, 1989, (87) 92; W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 131-132; O. HAZONY, "Increasing the supply of cadaver organs for transplantation: recognizing that the real problem is psychological not legal", *Health Matrix* 1993, (219) 236; M.K. CLARK, "Solving the kidney shortage crisis through the use of non-heart-beating cadaveric donors: legal endorsement of perfusion as a standard procedure", *Ind. L.J.* 1995, (929) 937-938; M.F. ANDERSON, "The Future of Organ Transplantation: From Where Will New Donors Come, to Whom Will Their Organs Go?", *Health Matrix* 1995, vol. 5, (249) 264; E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 213 en 366-368; R.J. DEVETTERE, *Practical decision making in health care ethics*, 2000, 516; EDQM, "Organ Shortage: Current Status and Strategies for the Improvement of Organ Donation – A European Consensus Document", 2003, <http://www.edqm.eu, nr. 4.6.1.>; S. GEVERS, A. JANSSEN en R. FRIELE, o.c., *EJHL* 2004, (175) 183; J.K.M. GEVERS en R.D. FRIELE, "Beslissen over postmortale orgaandonatie: tussen toestemming en bezwaar", *NJB* 2004, (2032) 2033-2034; HOUSE OF LORDS EUROPEAN UNION COMMITTEE, *Increasing the supply of donor organs within the European Union. Vol. I: Report*, 2008, www.publications.parliament.uk, 56; ORGAN DONATION TASKFORCE, *The potential impact of an opt out system for organ donation in the UK*, 2008, www.odt.nhs.uk, 17 ; F. BILGEL, *The law and economics of organ procurement*, 2011, 64; D.G. ORENSTEIN en L.M. BETTINI, o.c., *Annals Health L.* 2014, (141) 145; N. HOPPE en J. MIOLA, *Medical Law and Medical Ethics*, 2014, 217; R.A. SELLS, o.c., *Transpl. Proc.* 2003, vol. 35, (1191) 1192 en 1193; BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, *Building on Progress: Where next for organ donation policy in the UK?*, 2012, www.bma.org.uk/ethics, 11-12; X., "Organ Donation and Transplantation" in S. SANBAR et al. (eds.), *Legal Medicine*, St. Louis, Mosby, 2004 (6^{de} ed.), (271) 273.

⁴³⁵⁸ N.N. in X., "General Discussion: Living Organ Donation in Western Countries" in W. LAND en J.B. DOSSETOR (eds.), *Organ Replacement Therapy: Ethics, Justice and Commerce*, Berlijn/Heidelberg, Springer-Verlag, 1991, (136) 138.

⁴³⁵⁹ Zie *supra* A.2.b. van deze paragraaf.

⁴³⁶⁰ N.P.Y.M. DE BIJL, "Wet op de lijkbezorging", *TvGR* 1985, (207) 216; H.J.J. LEENEN, o.c., *NJB* 1978, (871) 874 ; R. VEATCH in X., o.c. in W. LAND en J.B. DOSSETOR (eds.), *Organ Replacement Therapy*, 1991, (136) 137; W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 95; J.E.M. AKVELD, "Het Voorstel van wet op de Orgaandonatie gewogen", *TvGR* 1992, (62) 96-70 ; J.K. MASON, o.c. in S.A.M. MCLEAN (ed.), *Contemporary Issues in Law, Medicine and Ethics*, 1996, (117) 126-127; E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 213 ; Y.-H. LELEU en G. GENICOT, o.c., *JT* 1999, (589) 593 en 597 ; D.J. DOUKAS en W. REICHEL, *Planning for uncertainty: living wills and other advance directives for you and your family*, Baltimore, John Hopkins University Press, 2007, 82, die stellen dat de arts de familie moet voorlichten over het belang van respect voor de eigen wensen van de overledene; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 118 en 151; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Brussel, Larcier, 2010, 742 ; F. BILGEL, *The law and economics of organ procurement*, 2011, 21; Advies nr. 54 van 10 december 2012 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, <http://www.health.belgium.be, 19 en 30> ; N. HOPPE en J. MIOLA, *Medical Law and Medical Ethics*, 2014, 228 ; Memorie van toelichting Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 99; H.D.C. ROSCAM ABBING, o.c., *Health Policy* 1990, (105) 108. Vgl. voor lijkbezorging en lijkdonatie aan de wetenschap: T. VANSWEEVELT, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1559) 1581 en 1584; J.C. VAN OVEN, "Het recht op eigen lichaam", *Nederlandsch Juristenblad* 1926, (17) 20-21; *Holland v. Metalious*, 198 A.2d 654 [Sup. C. New Hamp. 1964].

blijkbaar uit van deze visie bij de schrapping van oud artikel 10, § 4, 3^o Orgaantransplantatiewet. Zoals al duidelijk is gebleken, is de autonomie van het betrokken individu de heersende (maar niet absolute) waarde doorheen het juridische statuut van het lijk. Zo kan worden gesteld dat het verzet van de naasten pas gerespecteerd moet worden indien er geen uitdrukkelijke (maar mogelijk wel vermoede) toestemming van de donor bestaat. De achterliggende rechtvaardiging is dat het persoonlijk belang van de donor dan niet voldoende duidelijk is om te kunnen opwegen tegen het duidelijke emotionele belang van de naasten.⁴³⁶¹ Niettemin is ook de bovengeschiedtheid van de belangen van donor voor kritiek vatbaar. Dit wordt *infra* verder toegelicht bij wijze van argumentatie *pro* een primair verzetsrecht.

4) *Primair verzetsrecht*

922. De derde mogelijke uitkomst is dat er een primair verzetsrecht aan de naasten moet worden toegekend. Deze uitkomst berust in wezen op de opvatting dat het belang van de naasten bovengeschiedt is aan het belang van de ontvangers én aan dat van de donor. De naasten verdienen dan m.a.w. steeds een verzetsrecht, zelfs als de donor uitdrukkelijk tot orgaanwegneming heeft toegestemd.

Voor de ondergeschiktheid van het belang van de donor ten aanzien van de belangen van de naasten valt m.i. wel wat te zeggen. Zoals al vermeld, kan orgaanwegneming tegen de wil van de naasten hun gevoelens ernstig kwetsen.⁴³⁶² Er kan dan worden verdedigd dat dit rechtstreekse emotionele nadeel opweegt tegen het belang van donoren, die op het moment van de wegneming uiteindelijk geen voor- of nadeel meer zullen ervaren.⁴³⁶³ Niet alle emotionele belangen van de naasten zullen echter het nodige tegengewicht kunnen bieden. Een ontoereikende reden van verzet bv. de vrees dat orgaanwegneming de normale lijkbezorging kan verstoren.⁴³⁶⁴ Deze vrees berust immers op verkeerde informatie, aangezien alle mogelijkheden van lijkbezorging (bv. ook open kist) behouden blijven na wegneming.⁴³⁶⁵ Naast emotionele redenen zouden de naasten ook kunnen weigeren uit vrees voor bijkomende ziekenhuiskosten ingevolge de orgaanwegneming.⁴³⁶⁶ Ook deze vrees is evenwel onterecht, aangezien de kosten van de wegneming (incl. de donorconditionering,⁴³⁶⁷ de orgaanpreservatie

⁴³⁶¹ In die zin: H.D.C. ROSCAM ABBING, *o.c.* in J.E.M. AKVELD *et al.* (eds.), *Orgaandonatie, een kwestie van bereidheid*, 1988, (97) 103-104; Memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, 22.358, nr. 3, 6; H. NYS, *o.c.*, *TvGR* 2004, (343) 346, die het gebrek aan wilsverklaring van de donor zelfs als afstand van zijn zelfbepalingsrecht beschouwt; H. YOUNG, *o.c.*, *Marq. Elder's Advisor* 2013, (197) 227-228; J. SIJMONS, *o.c.*, *NTBR* 2013, (259) 262. *Contra*: R.C. HESSING, "Orgaandonatie en het geen-bezwaarsysteem: geen bezwaar!", *TvGR* 1986, (340) 342, die zelfs de vermoede toestemming als een duidelijke wilsuiting beschouwt, zodat de naasten hier niet tegen in kunnen gaan. Zie ook: A.A.T.M. BROUNS, "Enige opmerkingen over orgaandonatie", *TvGR* 1987, (113) 113; S.A. WILCOX, "Presumed consent organ donation in Pennsylvania: one small step for Pennsylvania, one giant leap for organ donation", *Dick. L. Rev.* 2003, (935) 949.

⁴³⁶² Zie *supra* A.1. van deze paragraaf.

⁴³⁶³ In die zin: M.F. ANDERSON, *o.c.*, *Health Matrix* 1995, vol. 5, (249) 262-266; E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 122 en 245; S. GEVERS, A. JANSSEN en R. FRIELE, *o.c.*, *EJHL* 2004, (175) 177 en 183; J.R. HERRMANN, *o.c.*, *EJHL* 2011, (277) 287, die respect voor het (fysieke) verzet van den naasten nodig acht uit respect voor het lijk; N. HOPPE en J. MIOLA, *Medical Law and Medical Ethics*, 2014, 228. Zie hierover ook: W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 131-132; L. ROELS *et al.*, *o.c.*, *Transpl. Proc.* 1997, vol. 29, 3224-3225, waar bleek dat 37% van de Belgen vindt dat de beslissing over orgaanwegneming samen met de naasten moet worden genomen. Vgl. met lijkbezorging: Arr. rb. Amsterdam (KG) 5 oktober 1925, *NJ* 1925, 1158.

⁴³⁶⁴ Zie: BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, *Building on Progress: Where next for organ donation policy in the UK?*, 2012, www.bma.org.uk/ethics, 33-34.

⁴³⁶⁵ H. COTTER, "Increasing consent for organ donation: mandated choice, individual autonomy, and informed consent", *Health Matrix* 2011, (599) 603-604; S. DESMET en M. DELBOUILLE, *o.c.* in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (128) 133. Zie ook als argument tegen het verzetsrecht van de naasten: J. KNOTTENBELT, *o.c.*, *WPNR* 1970, (241) 243 en 250; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 129-130 en 134.

⁴³⁶⁶ B. VAN HAELEWIJCK, *Don d'organes. Don de tissus*, 2002, 144.

⁴³⁶⁷ Zie hierover uitvoerig *infra* Hoofdstuk V van dit Deel.

en de karakteriseringsonderzoeken) niet aan de naasten van de donor, maar aan (het ziekenfonds van) de ontvangers zullen worden gefactureerd.⁴³⁶⁸

Bovendien zou de ondergeschiktheid van het belang van de naasten aan dat van de donor wederom kunnen leiden tot achtereenvolgens conflicten met de wegnemende arts, publieke argwaan, daling van donatiebereidheid en uiteindelijk benadeling van de belangen van de ontvangers.⁴³⁶⁹ Aangezien de donor zich niet verzette en dus de belangen van de ontvangers gunstig gezind is, zou miskennen van het naastenverzet in zekere zin ook de belangen van de donor kunnen aantasten. Bijgevolg is een primair verzetsrecht verdedigbaar in bepaalde gevallen.

d. Voorstel tot gereguleerde beoordelingsmarge van de arts

923. De bovenstaande evenredigheidsanalyse dwingt m.i. tot een genuanceerd besluit. Er moest worden vastgesteld dat in onze maatschappij aan de zelfbepaling van de donor doorgaans een overtreffende waarde wordt toegekend. Aan de gezondheidsbelangen van de ontvangers kan in principe eveneens een overtreffende waarde worden toegekend. Aldus zal de onverkorte werking van een verzetsrecht van de naasten niet haalbaar zijn.

Niettemin kan worden verdedigd dat het zelfbepalingsrecht van de donor op zich onvoldoende is om steeds het morele belang van de naasten volledig weg te cijferen. Er werd verdedigd dat dit belang soms sterker *kan* zijn dan dat van de donor. Ook de belangen van de ontvangers kunnen op zich het belang van de naasten niet volledig teniet doen, aangezien eventuele conflicten met de naasten uiteindelijk toch een nefaste weerslag *kunnen* hebben op de belangen van de ontvangers.

Onder bovengeschetste situatie bestaat een evenwichtige oplossing er dan m.i. in om geen eigen verzetsrecht voor de naasten in de wet te lassen,⁴³⁷⁰ maar wel een beoordelingsmarge aan de wegnemende arts te laten. Op basis van deze beoordelingsmarge kan de arts dan in bepaalde gevallen besluiten om toch het verzet van de naasten te respecteren (zoals een subsidiair verzetsrecht), desnoods zelfs boven de uitdrukkelijke wensen van de donor (zoals een primair verzetsrecht).⁴³⁷¹

⁴³⁶⁸ Art. 14, m van de bijlage bij het KB van 14 september 1984 tot vaststelling van de nomenclatuur van geneeskundige verstrekkingen inzake verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, BS 29 september 1984.

⁴³⁶⁹ M.L. VOLK en P.A. UBEL, "The Impracticality of Overriding Family Rejection of Donation", *Transplantation* 2008, 1631.

⁴³⁷⁰ Zie uitdrukkelijk: W. KOKKEDEE, "De Wet op de orgaandonatie aangenomen", *TvGR* 1998, (202) 208; J.E.M. AKVELD, "Juridische aspecten van orgaantransplantatie" in H.A.M.J. TEN HAVE, D.P. ENGBERTS en L.E. KALKMAN-BOGERD (eds.), *Ethiek en recht in de gezondheidszorg*, Deventer, Kluwer, 2007, losbl., XXIII, (203) 210q.

⁴³⁷¹ Zie reeds: J.M.M. MAEIJER, o.c., *TPR* 1969, (153) 162, die het voorbeeld van directe familieleden; aanhaalt; J.-P. DOLL, *La discipline des greffes, des transplantations et des autres actes de disposition concernant le corps humain*, 1970, 169; H.D.C. ROSCAM ABBING, o.c. in J.E.M. AKVELD et al. (eds.), *Orgaandonatie, een kwestie van bereidheid*, 1988, (97) 106-107, die deze afweging in de tuchtrechtelijke sanctioneringssfeer plaatst; J.E.M. AKVELD, "Juridische aspecten van orgaandonatie" in J.E.M. AKVELD et al. (eds.), *Orgaandonatie, een kwestie van bereidheid*, 1988, (15) 29 en 31; SELLS in X., o.c. in W. LAND en J.B. DOSSETOR (eds.), *Organ Replacement Therapy*, 1991, (136) 137; W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 230, die spreekt van zeer schokkende ervaring van de naasten; M.F. ANDERSON, o.c., *Health Matrix* 1995, vol. 5, (249) 264; I. JANSEN, o.c., *Ars Aequi* 1996, (625) 631; W. KOKKEDEE, o.c., *TvGR* 1998, (202) 208; X., "Organ Donation and Transplantation" in S. SANBAR et al. (eds.), *Legal Medicine*, St. Louis, Mosby, 2004 (6^{de} ed.), (271) 272; J.E.M. AKVELD, o.c. in H.A.M.J. TEN HAVE, D.P. ENGBERTS en L.E. KALKMAN-BOGERD (eds.), *Ethiek en recht in de gezondheidszorg*, 2007, losbl., XXIII, (203) 210j, die geen juridisering vereist; H. NYS, "Removal of Organs in the EU", *European Ethical-Legal Papers N° 4*, Leuven, 2007, 53-54; P. BORRY et al., o.c., *J.L. Med. & Ethics* 2008, (752) 758; L. CHERKASSKY, o.c., *EJHL* 2010, (149) 159-160; NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS, *Human bodies*, 2011, 176 en 179; Human Tissue Authority Code of practice 2: donation of solid organs for transplantation (2014), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, nr. 101 en 102; Human Tissue Authority Code of practice 1: Consent (2009), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, nr. 76; A.J. CRONIN, o.c. in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2008, (99)107; D.Y.A. VAN MEERSBERGEN, o.c. in G.R.J. DE GROOT, T.A.M. VAN DEN ENDE, L.E. KALKMAN-BOGERD en J.J.M. LINDERS (eds.), *Gezondheidsrecht*, 2013, (1481) 1519 (beroep op 'conflict van plichten'); J.C.J. DUTE, J. LEGEMAATE et al., *Handboek gezondheidsrecht*, 2014 (6^{de} ed.), 270 (beroep op 'conflict van plichten').

924. De voorgestelde oplossing sluit in wezen perfect aan bij de huidige stand van de Belgische wet en praktijk. Weliswaar zijn m.i. toch enkele toevoegingen in de wet vereist. Enerzijds moet bij wet worden voorzien in een duidelijke informatieplicht ten aanzien van de naasten omtrent de dood, de wegnemingsintentie en de wegnemingsprocedure.⁴³⁷² Dit is nodig opdat eventuele sterke belangen van de naasten tegen orgaanwegneming überhaupt aan bod kunnen komen.⁴³⁷³ Anderzijds moet zoals in het proefschrift van W. Kokkedee worden gepleit voor een wettelijke documenteringsplicht van de arts in de gevallen waar hij het verzet van de naasten laat voorgaan op een toestemming van de donor.⁴³⁷⁴ Hiermee kan de arts aangezet worden tot een zorgvuldige afweging van het belang van de naasten en dat van de donor.⁴³⁷⁵

3. Conflicten tussen naasten

925. Voor zover aan meerdere naasten zeggenschap over orgaanwegneming kan worden toegekend, rijst nog de vraag naar de positie van de naasten ten aanzien van elkaar. In de bovenstaande analyse werd uitgegaan van eensgezindheid onder de naasten. Dergelijke veronderstelling is echter niet steeds realistisch. Soms zullen de naasten een andere mening over de orgaanwegneming koesteren en bij consultatie door de arts hierover onderling in conflict komen. Hoe moeten deze conflicten worden opgelost?

Voor alle duidelijkheid moet deze conflictsituatie onderscheiden worden van de eerder besproken conflictsituatie in het raam van een vertegenwoordigingsrecht van de naasten. Daar kon voorrang qua zeggenschap worden verleend aan de naasten die het beste de wil van de overledene kennen. Er werd besloten dat dit in beginsel de naasten met de nauwste band met de overleden persoon zijn.⁴³⁷⁶ In tegenstelling tot het vertegenwoordigingsrecht is het zelfbepalingsrecht van de naasten echter niet gebonden aan de wil van de overledene. Zoals gezegd, zouden de naasten op basis van dit zelfbepalingsrecht evengoed de handhaving van hun eigen wensen kunnen nastreven. Kennis van de wil van de overledene is hier dus niet automatisch het juiste criterium voor een rangregeling.

926. Welk criterium is dan wel dienstig om conflicten tussen naasten in het raam van hun zelfbepalingsrecht te beslechten? Zoals gezegd, kan dit zelfbepalingsrecht in essentie verantwoord worden op basis van het morele belang dat de naasten hebben bij orgaanwegneming of het verhinderen daarvan.⁴³⁷⁷ Logischerwijze kan dan voorrang worden verleend aan de naaste(n) met het sterkste belang.⁴³⁷⁸ Dit veronderstelt wederom een evenredigheidsafweging tussen de conflicterende voor- of nadelen van de naasten. Deze afweging sluit aan bij de bovenstaande evenredigheidsafwegingen op basis van artikel 8, § 2 EVRM.

Toegegeven, het inschatten en afwegen van de morele belangen van verschillende naasten van de donor is een complexe aangelegenheid die vaak niet met accuraatheid onder de

⁴³⁷² Vgl. J. SAVATIER, "Et in hora mortis nostrae. Le problème des greffes d'organes prélevés sur un cadavre", *D. chron.* 1968, (89) 94; J. KNOTTENBELT, *o.c.*, *WPNR* 1970, (241) 250 en 251; J.E.M. AKVELD, *Transplantatie en wetgeving*, 1987, 142-143; A.A.T.M. BROUNS, "Enige opmerkingen over orgaandonatie", *TvGR* 1987, (113) 114; W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 230.

⁴³⁷³ Vgl. ook J.M.M. MAEIJER, *o.c.*, *TPR* 1969, (153) 162.

⁴³⁷⁴ W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 222, 223 en 224-225.

⁴³⁷⁵ Vgl. W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 228.

⁴³⁷⁶ Zie *supra* § 1, B.4. van deze Afdeling.

⁴³⁷⁷ Zie *supra* A.1. van deze paragraaf.

⁴³⁷⁸ Vgl. J.M.M. MAEIJER, *o.c.*, *TPR* 1969, (153) 162.

spoedeisende omstandigheden van een orgaanwegneming *post mortem* kan worden gemaakt. Sommige auteurs zien deze moeilijkheid zelfs als een mogelijk argument tegen het überhaupt toekennen van zeggenschap aan de naasten.⁴³⁷⁹ Het nadeel van (familiale) conflicten zou zo met andere woorden fungeren als één van de parameters in de evenredigheidsafweging in het licht van artikel 8, § 2 EVRM op basis waarvan *contra* een toestemmings- of verzetsrecht moet worden besloten.

Het lijkt mij echter te drastisch om bij elk naastenconflict automatisch iedere zeggenschap over orgaanwegneming aan deze naasten te ontzeggen. Een argument voor een meer genuanceerde aanpak schuilt in de mogelijkheid tot concretisering van het conflictbeslechtingscriterium. Zopas werd gesteld dat voorrang onder de naasten moet worden toegekend aan diegenen met het sterkste belang. Welnu, dit zullen doorgaans de naasten zijn die het nauwst met de overledene hebben samengeleefd. Dit laatste criterium is vaak gemakkelijker te beoordelen. Op basis van deze verfijning is een hanteerbare conflictregeling m.i. wel mogelijk.

927. De huidige wetgeving voorziet voorlopig niet in enige conflictregeling, wat uiteraard samenhangt met het feit dat de wet(gever) niet langer een eigen beslisrecht van de naasten erkent. In de praktijk verlenen de artsen vaak nog wel een *de facto* verzetsrecht aan de naasten.⁴³⁸⁰ Over de manier waarop er hierbij met conflicten tussen naasten wordt omgegaan, zijn evenwel geen gegevens beschikbaar. Hoe moet een conflictregeling dan *de lege ferenda* eruitzien indien opnieuw bij wet een eigen beslisrecht aan de naasten zou worden toegekend? Aangezien ook de conflictregeling in de vertegenwoordigingsrechtelijke benaderingswijze uiteindelijk de nauwste band met de overledene hanteert als maatstaf om de voorrang te bepalen, kan ze hier ter inspiratie dienen. Aldus zijn ook bij de zelfbepalingsrechtelijke benaderingswijze *grosso modo* twee manieren denkbaar: via een wettelijke rangorde of via een rechterlijke beoordeling geval per geval.⁴³⁸¹

Zoals bij de vertegenwoordigingsrechtelijke benadering én naar buitenlands voorbeeld moet m.i. gepleit worden voor een wettelijke rangregeling⁴³⁸² naar analogie van artikelen 12-14 Wet Patiëntenrechten. Deze regeling biedt immers het voordeel van meer rechtszekerheid en bevat een rangorde die in de meeste gevallen zal overeenstemmen met de realiteit inzake de gradatie van verbondenheid met de donor en dus de sterkte van het persoonlijke belang.⁴³⁸³ Naasten die volgens deze rangorde *in casu* geen voorrang hebben of die überhaupt niet in deze rangorde voorkomen, worden geacht onvoldoende verbondenheid met de donor te bezitten en kunnen aldus in principe geen persoonlijke zeggenschap worden toegekend. Voor de gevallen

⁴³⁷⁹ J. SAVATIER, *o.c.*, *D. chron.* 1968, (89) 94 ; J. MATTHIJS, *o.c.*, *RW* 1971-72, (209) 223-224; H.J.J. LEENEN, *o.c.*, *NJB* 1978, (871) 876; H.D.C. ROSCAM ABBING, *o.c.* in J.E.M. AKVELD *et al.* (eds.), *Orgaandonatie, een kwestie van bereidheid*, 1988, (97) 107; F. SWENNEN, *o.c.*, *TPR* 2013, (1489) 1510-1515.

⁴³⁸⁰ Zie *supra* A.2.b. van deze paragraaf.

⁴³⁸¹ Vgl. *supra* § 1, B.4. van deze Afdeling.

⁴³⁸² Zie reeds oud art. 10, § 4, 3°, lid 2 Orgaantransplantatiewet, waar een verzetsrecht werd toegekend aan twee doorgaans nauw verbonden naasten: "(...) *verwanten van de eerste graad alsmede de samenlevende echtgenoot*".

⁴³⁸³ Volgens art. 12 vertegenwoordigen de ouders of de voogd de wilsonbekwame *minderjarigen* waarover ze het gezag hebben. Volgens art. 14 geldt voor de vertegenwoordiging van wilsonbekwame *meerderjarigen* de volgende rangorde: 1) een zelf aangeduide vertegenwoordiger, 2) de bewindvoerder, na machtiging door de vrederechter, 3) de samenwonende echtgenoot, de wettelijk samenwonende partner of de feitelijk samenwonende partner, 4) een meerderjarig kind, 5) een ouder, 6) een meerderjarige broer of zus, 7) de behandelende beroepsbeoefenaar. Deze personen kunnen pas beslissen indien de vertegenwoordiger van de hogere rang dit niet wenst te doen of ontbreekt. Vgl. met Nederland: art. 11 WOD. Vgl. met de Verenigde Staten: sec. 8(g) en (h) en sec. 9 UAGA 2006). Vgl. met het Verenigd Koninkrijk: sec. 3(6),(7) en (8), sec. 27 en sec. 54(8) en (9) HTA 2004 en Human Tissue Authority Code of practice 2: donation of solid organs for transplantation (2014), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, nrs. 112, 113 en 115, alsook Human Tissue Authority Code of practice 1: Consent (2009), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, nr. 95). Vgl. met Frankrijk: art. L1232-2 Code de la santé publique.

waar er in werkelijkheid toch verbondenheid bestaat met een naaste in afwijking van de wettelijke standaardoplossing⁴³⁸⁴, bestaat de oplossing erin om aan de donor de optie te geven om aan te duiden wie na zijn dood over orgaanwegneming mag beslissen (vgl. art. 14, § 1, leden 2 en 3 Wet Patiëntenrechten).⁴³⁸⁵ In geval van conflict tussen naasten van dezelfde rang (bv. tussen verschillende meerderjarige kinderen) kan alsnog aan de arts worden overgelaten wiens mening(en) hij zal volgen (vgl. art. 14, § 3, lid 3 Wet Patiëntenrechten).⁴³⁸⁶ In geval van een overleden minderjarige kan in beginsel echter best unanimiteit tussen beide ouders, voor zover ze het ouderlijk gezag uitoefenen, vereist worden (vgl. art. 12, § 1 Wet Patiëntenrechten).⁴³⁸⁷ Ten slotte kan de analoge toepassing van artikelen 12-14 Wet Patiëntenrechten op orgaanwegneming het beslissingsproces vereenvoudigen door coherentie met het nemen van beslissingen nabij het levenseinde te waarborgen.

§ 3. VOORSTEL TOT VERDUIDELIJKING VAN DE RECHTSPOSITIE VAN DE NAASTEN

928. Uit de voorgaande analyse volgt dat de naasten van de donor naar huidig recht zonder twijfel *een* rol spelen inzake de beslissing om organen uit een overledene weg te nemen voor transplantatiedoeleinden. Het is echter niets steeds duidelijk *wat* deze rol juridisch gezien nu juist inhoudt. Er is bijgevolg nood aan verduidelijking van de rechtspositie van deze naasten. Hierbij werden *grosso modo* twee mogelijke benaderingswijzen geïdentificeerd.

Volgens de eerste en thans meest dominante benadering wordt de rol van de naasten geconceptualiseerd in het raam van een ‘vertegenwoordigingsrecht’. De naasten vormen dan ‘slechts’ de spreekbuis van de overledene. Indien deze benadering wordt behouden, dan behoeft de verhouding met het zelfbepalingsrecht van de donor vanzelfsprekend geen verdere uitleg. Niettemin moet het vertegenwoordigingsrecht van de naasten dan nog wel expliciet in de wetgeving worden omschreven, wat nu ontbreekt. Daarbij is het van belang om ook duidelijk een recht op informatie aan de naasten toe te kennen én te voorzien in een wettelijke conflictregeling naar analogie met artikel 12-14 Wet Patiëntenrechten.⁴³⁸⁸

Volgens de tweede en m.i. meest realistische benadering wordt de rol van de naasten veeleer geconceptualiseerd in het raam van een eigen ‘zelfbepalingsrecht’. De naasten vertolken dan hun eigen wil en niet (louter) de wil van de overledene. Indien deze benadering wordt aanvaard, wat in de praktijk *de facto* reeds gebeurt,⁴³⁸⁹ dan moet vervolgens bepaald worden hoe het zelfbepalingsrecht van de naasten zich verhoudt tot het zelfbepalingsrecht van de donor.

⁴³⁸⁴ Zie bv. N. HOPPE en J. MIOLA, *Medical Law and Medical Ethics*, 2014, 218, die verwijzen naar het kind dat in zijn jeugd werd verlaten door zijn ouder.

⁴³⁸⁵ Door de donor te laten kiezen en de aangeduide naaste dit te laten aanvaarden kan in principe een verbondenheid en dus een sterk belang van de naaste worden aangetoond. Vgl. Nederland: art. 11, lid 5 WOD; Verenigde Staten: sec. 9(a)(1) UAGA 2006; Verenigd Koninkrijk: sec. 3(6)(b) HTA 2004.

⁴³⁸⁶ *Anders in Nederland*, waar bij verschil van mening tussen de bloedverwanten, onderscheidenlijk de aanverwanten de toestemming niet kan worden verleend, en dus unanimiteit is vereist (art. 11, lid 4 WOD); in de Verenigde Staten, waar bij meningsverschillen tussen meerdere personen van dezelfde rang orgaandonatie slechts kan als de meerderheid van de redelijkerwijze beschikbare personen van deze rang toestemmen (sec. 9(b) UAGA 2006); in het Verenigd Koninkrijk, waar toestemming van één van de personen van dezelfde rang volstaat bij gebrek aan eensgezindheid, maar waar wordt aanbevolen om de beslissing toch steeds ook met de rest van de familie te bespreken (sec. 27(7) HTA 2004 en Human Tissue Authority Code of practice 2: donation of solid organs for transplantation (2014), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, nrs. 112, 113 en 115, alsook Human Tissue Authority Code of practice 1: Consent (2009), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, nr. 95).

⁴³⁸⁷ Vgl. Nederland, waar bij verschil van mening tussen de ouders de toestemming niet kan worden verleend (art. 11, lid 4 WOD); Frankrijk, waar in principe toestemming van iedere titularis van het ouderlijk gezag vereist is, maar waar schriftelijke toestemming van één van hen volstaat indien de andere niet kan worden geconsulteerd (art. L1232-2 Code de la santé publique). *Contra* de Verenigde Staten, waar de beslissing van één van de ouders volstaat (sec. 8(g) en (h) UAGA 2006); het Verenigd Koninkrijk, waar toestemming van één van de ouders of van de andere gekwalificeerde personen volstaat (sec. 2(7)(b) en sec. 27 ((7) HTA 2004).

⁴³⁸⁸ *Cf. supra* § 1, B.5. van deze Afdeling.

⁴³⁸⁹ *Cf. supra* § 2, A.2.b. van deze Afdeling.

De meest evenredige regeling in het licht van artikel 8 EVRM veronderstelt m.i. dat het zelfbepalingsrecht van de donor in principe nog steeds voorrang heeft, maar dat de arts toch een beoordelingsmarge bezit om in uitzonderlijke gevallen het verzet (of de toestemming) van de naasten voorrang te geven op het stilzwijgen of zelfs de toestemming (of het verzet) van de overleden donor. Deze regeling vereist wederom enkele flankerende voorwaarden, nl. een verplichting voor de arts tot documentering van zijn beslissing, een informatierecht van de naasten en ten slotte eveneens een conflictregeling naar analogie met de artikelen 12-14 Wet Patiëntenrechten.

Hoofdstuk III. Voorafgaande orgaandonatieverklaringen

929. Op basis van zijn zelfbepalingsrecht kan ieder persoon tijdens zijn leven in principe bepalen of een orgaanwegneming voor transplantatiedoeleinden mag worden uitgevoerd na zijn overlijden.⁴³⁹⁰ De voorafgaande wilsverklaring waarmee dit zelfbepalingsrecht wordt uitgeoefend, wordt hier de ‘voorafgaande donatieverklaring’ genoemd.⁴³⁹¹ De Belgische regelgeving maakt een onderscheid tussen geregistreerde donatieverklaringen (afd. 1) en niet-geregistreerde donatieverklaringen (afd. 2).⁴³⁹² Beide typen worden hier achtereenvolgens onderzocht met het oog op eventuele verbetering.

Afdeling 1. De geregistreerde donatieverklaring

930. De Belgische geregistreerde donatieverklaring wordt hoofdzakelijk geregeld in artikel 10 Orgaantransplantatiewet en het KB van 30 oktober 1986 tot regeling van de wijze waarop de donor of de personen bedoeld in artikel 10, § 2, van de wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen hun wil te kennen geven⁴³⁹³ (verkort: KB Registratie). Het betreft kort samengevat een systeem waardoor via een bepaald registratieformulier door een daartoe bevoegde declarant een donatieverklaring in een centraal register kan worden opgenomen. Hieronder zal dieper worden ingegaan op de inhoud van de donatieverklaring (§ 1), de hoedanigheid van declarant (§ 2) en de opname in het centraal register (§ 3). Samenvattend zullen daarna enkele aanbevelingen worden gedaan (§ 4).

§ 1. INHOUD

931. De inhoud van de geregistreerde donatieverklaring is vastgelegd in een modelformulier als bijlage bij het KB Registratie. De registratie van de donatieverklaring moet op deze gestandaardiseerde wijze geschieden.⁴³⁹⁴ Inhoudelijk zijn met name drie aspecten van belang. Allereerst moet er sprake zijn van een negatieve donatieverklaring (verzet), een positieve donatieverklaring (toestemming) of een herroeping daarvan (*infra* A). Vervolgens moet worden vastgesteld dat het registratieformulier zeer weinig ruimte laat voor differentiëring omtrent het voorwerp van de donatieverklaring. Het gaat om een alles-of-niets-systeem⁴³⁹⁵ (*infra* B). Ten

⁴³⁹⁰ Zie reeds uitvoerig *supra* Hoofdstuk II, Afd. 2 van dit Deel over de grondslagen, de modaliteiten en de grenzen van dit zelfbepalingsrecht.

⁴³⁹¹ Zie al *supra* Deel II, Hoofdstuk III, Afd. 2, § 1, A.2. over het verschil tussen actuele en voorafgaande wilsverklaringen. Zie in het algemeen ook: C. LEMMENS, *Voorafgaande wilsverklaringen met betrekking tot het levenseinde*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 14 e.v., over het zelfbepalingsrecht en ruimer het recht op fysieke integriteit als grondslagen voor voorafgaande wilsverklaringen.

⁴³⁹² Art. 10, § 3, § 3ter en § 4 Orgaantransplantatiewet. Anders: H. NYS en G. VAN BEEUMEN, *o.c.* in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, Leuven, Acco, 2014, (38) 40 en H. NYS, “Dood en (niet) begraven? Over de wegneming van organen bij dode donors”, *Acta Hospitalia* 1986, (61) 62, waar dit onderscheid wordt aangeduid als de *formele* en de *informele* wijze. Deze terminologie is m.i. echter misleidend. De term ‘informeel’ zou immers de indruk kunnen wekken dat dergelijke donatieverklaring niet officieel bindend is, *quod non*. Bovendien duidt de term ‘informeel’ veeleer op een niet-schriftelijke wilsverklaring (zie ook: C. LEMMENS, *Voorafgaande wilsverklaringen met betrekking tot het levenseinde*, 2013, 122-123), terwijl een niet-geregistreerde donatieverklaring wel degelijk schriftelijk kan.

⁴³⁹³ BS 14 februari 1987.

⁴³⁹⁴ Art. 2, § 1 en § 2 en art. 4, lid 2 KB Registratie; art. M.B.1. Omzendbrief van 19 februari 1987 aangaande de wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, BS 21 februari 1987.

⁴³⁹⁵ T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, Brussel, Services fédéraux des affaires scientifiques, techniques et culturelles, 1996, 130 ; M. COOPMAN, “Orgaandonatie en het tekort aan donoren in vergelijkend perspectief. De situatie in België en Nederland”, *Jura Falc.* 2007-08, (383) 388 ; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, 2011, 167, nr. 369.

slotte moet ook worden opgemerkt dat het registratieformulier geen ruimte voor eigen toevoegingen bevat. Het registratiesysteem is dus eveneens een gesloten systeem (*infra* C).

A. Verzet, toestemming en herroeping

932. Het registratieformulier van het KB Registratie biedt de declarant vier opties: verzet, uitdrukkelijke donorstelling/wilsbeschikking, herroeping van het verzet en herroeping van de uitdrukkelijke wilsbeschikking.⁴³⁹⁶ De selectie gebeurt door schrapping van wat niet past.⁴³⁹⁷ Deze opties worden hieronder nader bekeken.

1. Verzet

933. De mogelijkheid tot verzet behoeft weinig uitleg. Al sinds de totstandkoming van de Orgaantransplantatiewet heeft de Koning de bevoegdheid om een wijze van verzetsregistratie te regelen.⁴³⁹⁸ De verzetsmogelijkheid sluit aan bij de regel van artikel 10, § 1, lid 1 Orgaantransplantatiewet, die orgaanwegname na overlijden toelaat tenzij hiertegen verzet is geuit (*presumed consent*).⁴³⁹⁹ Indien het verzet is geregistreerd, mag de arts onder geen beding tot wegneming overgaan.⁴⁴⁰⁰ Anders brengt die arts zijn strafrechtelijke, burgerrechtelijke en tuchtrechtelijke aansprakelijkheid in het gedrang.

In 2014 telde het register zo'n 186.612 verzetsregistraties.⁴⁴⁰¹ Dit is slechts zo'n 1,6% van de totale Belgische bevolking. Er blijkt op dit vlak dus nog niet zoveel te zijn veranderd sinds 1986, toen er zo'n 200.000 verzetsverklaringen waren geregistreerd.⁴⁴⁰²

2. Toestemming

934. De mogelijkheid tot 'uitdrukkelijke donorstelling' of 'uitdrukkelijke wilsbeschikking' vereist iets meer toelichting. Al meteen kan het gebruik van de term 'uitdrukkelijke wilsbeschikking' in het registratieformulier worden betreurd. Deze term is immers ruim genoeg om ook het uitdrukkelijke verzet te omvatten, zodat hij niet volledig samenvalt met de 'uitdrukkelijke donorstelling'. Er kan beter ondubbelzinnig van 'toestemming' tot orgaanwegname worden gesproken.

935. Het valt op dat de toestemmingsregistratie al sinds 1987 mogelijk is volgens artikel 4 KB Registratie, maar lange tijd géén wettelijke basis heeft gekend. Oorspronkelijk viseerde de wetgever immers enkel het verzet van de donor. Pas in 2007 gaf de wetgever aan de Koning expliciet de bevoegdheid om "een wijze voor het uitdrukken van de uitdrukkelijke wil van elke persoon in de hoedanigheid van donor" te organiseren (art. 10, § 3ter Orgaantransplantatiewet).⁴⁴⁰³ Uiteindelijk werd ter vervollediging in 2012 ook de algemene

⁴³⁹⁶ Zie bijlage KB Registratie.

⁴³⁹⁷ Zie daarentegen het registratieformulier dat gedownload kan worden via de Beldonor-website: hier gebeurt de selectie door het corresponderende vakje aan te kruisen.

⁴³⁹⁸ Art. 10, § 3 Orgaantransplantatiewet.

⁴³⁹⁹ Zie uitvoerig *infra* Hoofdstuk IV van dit Deel.

⁴⁴⁰⁰ Art. 10, § 4, 1° Orgaantransplantatiewet.

⁴⁴⁰¹ *Vr. en Antw.* Kamer 2014-15, 23 oktober 2014, Vr. nr. 4 S. LAHAYE-BATTHEU.

⁴⁴⁰² *Vr. en Antw.* Senaat 2010-11, 30 maart 2011, Vr. nr. 5-1935 G. DE PADT; *Vr. en Antw.* Senaat 2012-13, 23 januari 2013, Vr. nr. 5-7930 IDE. Wetsvoorstel betreffende het wegnemen van organen bij wilsonbekwame levende personen, *Parl. St.* Kamer 2010-11, nr. 53-1780/001.

⁴⁴⁰³ Art. 6, 3° wet van 25 februari 2007, *BS* 13 april 2007; Verslag DETIÈGE, *Parl. St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2680/5, 5 ("Op die manier zal de wet zijn aangepast aan de realiteit (..."); *Vr. en Antw.* Senaat 2006-07, 16 februari 2007 (Vr. nr. 3-7083 DE ROECK).

mogelijkheid tot uiting van de uitdrukkelijke wil om donor te zijn na overlijden, in de wet gelast (art. 10, § 2bis Orgaantransplantatiewet).⁴⁴⁰⁴ Weliswaar kon deze mogelijkheid daarvoor al worden verdedigd op basis van het zelfbepalingsrecht.⁴⁴⁰⁵

Een regeling voor de toestemmingsregistratie is in België op het eerste gezicht onnodig. In theorie volstaat immers een gebrek aan verzet van de donor opdat orgaanwegneming na overlijden toegelaten is (art. 10, § 1, lid 1 Orgaantransplantatiewet). De manier waarop dit systeem in de praktijk wordt toegepast, maakt echter dat een uitdrukkelijke toestemming van de donor toch van groot belang kan zijn. Bij gebrek aan uitdrukkelijke wilsuiting van de donor zullen artsen immers vaak het verzet van de naasten respecteren, hoewel de naasten strikt gezien geen eigen verzetsrecht hebben en hun verzet niet noodzakelijk een vertolking van de wil van de donor uitmaakt.⁴⁴⁰⁶ Een mogelijke reden van dit naastenverzet blijkt nu net de onzekerheid over de wil van de donor zijn.⁴⁴⁰⁷ Indien deze wil ongekend is, zouden de naasten door de negatieve emoties bij het sterfgeval eerder geneigd zijn om voor de ‘veiligste optie’ te kiezen, namelijk het behoud van de integriteit van het lijk.⁴⁴⁰⁸ Buitenlands onderzoek leert dat opvallend minder naasten zich verzetten indien hen wordt meegedeeld dat de overledene bij leven wél zijn duidelijke wil tot orgaanwegneming had laten registreren.⁴⁴⁰⁹ Bovendien zullen de artsen met een geregistreerde toestemming van de donor in handen wellicht sneller tot orgaanwegneming overgaan zonder de beslissing aan de naasten over te laten.⁴⁴¹⁰

⁴⁴⁰⁴ Art. 21, 2° wet van 3 juli 2012, BS 24 augustus 2012; Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2011-12, nr. 53-2158/1, 31, waar werd gesteld dat deze bepaling moet dienen als basis voor art. 10, § 3ter Orgaantransplantatiewet.

⁴⁴⁰⁵ Zie : S. OSCHINSKY en Y. OSCHINSKY, “Prélèvement et transplantation d’organes”, *JT* 1987, (169) 171; H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, Mechelen, Kluwer, 2005, 432; I. BOONE, “Het wegnemen en transplanteren van organen volgens het Belgische recht”, *TPR* 1996, (91) 122; H. NYS, “De ontwikkeling van het gezondheidsrecht in 2007 en 2008”, *T. Gez.* 2009-10, (87) 115, nr. 170.

⁴⁴⁰⁶ Zie *supra* Hoofdstuk II, Afd. 3, § 2, A.2.b. van dit Deel.

⁴⁴⁰⁷ S. TACK, “Leven doorgeven. Een beschrijvend onderzoek naar de prelevatieprocedure bij ‘non-heart-beating’ donoren met specifieke aandacht voor nierdonatie”, *Orpact forum* 2006, jaargang 7, nr. 1, (20) 24-25; “België is voortrekker inzake orgaandonatie, maar wachtlijsten blijven toenemen”, vzw de maakbare mens. Vgl. RATHENAU INSTITUUT, *Tekort aan donororganen nauwelijks oplosbaar*, Den Haag, Rathenau uitgave, 2002, 7; R.D. FRIELE *et al.*, *Derde evaluatie Wet op de orgaandonatie*, 2006, 65-66; BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, *Building on Progress: Where next for organ donation policy in the UK?*, 2012, www.bma.org.uk/ethics, 33-34.

⁴⁴⁰⁸ B. DEBUSSCHERE, “De paradox van veiliger verkeer en betere zorgen op intensieve diensten”, *De Morgen* 10 januari 2005, 3; Samengevoegde vragen van mevr. Karin Jiroflée over “de ethische bezwaren bij orgaandonatie” (nr. 3240) en van mevr. Valerie Van Peel over “de wachtlijsten voor een donororgaan” (nr. 3324), *Hand.* Kamer 2014-15, CRIV 54 COM 158, 16. Vgl. R.D. FRIELE *et al.*, *Derde evaluatie Wet op de orgaandonatie*, Den Haag, ZonMw, 2006, 103-104 en 112; S.N. RODRIGUEZ, “No means no, but silence means yes? The policy and constitutionality of the recent state proposals for opt-out organ donation laws”, *FIU L. Rev.* 2011, (149) 150.

⁴⁴⁰⁹ EDQM, “Organ Shortage: Current Status and Strategies for the Improvement of Organ Donation – A European Consensus Document”, 2003, <http://www.edqm.eu>, nr. 4.6.3. Nederland: RATHENAU INSTITUUT, *Tekort aan donororganen nauwelijks oplosbaar*, 2002, 9 (78% weigeringen zonder registratie door de donor vs. 13% weigeringen mét registratie); R.D. FRIELE en J.J. KERSSENS, *Actieve donorregistratie? Een onderzoek naar de mogelijke reacties op de introductie van een actieve donorregistratie*, Utrecht, NIVEL, 2004, 7, 17-22 en 26; R.D. FRIELE en J.D. DE JONG, *Actieve donorregistratie? Een herhalingsonderzoek naar de mogelijke reactie op de introductie van het actief donorregistratiesysteem*, Utrecht, NIVEL, 2007, 28; R. COPPEN, *Organ Donation, policy and legislation. With special reference to the Dutch Organ Donation Act*, Utrecht, NIVEL, 2010, 122. Verenigd Koninkrijk: BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, *Organ donation in the 21st century: Time for a consolidated approach*, London, BMA, 2000, 4; ORGAN DONATION TASKFORCE, *The potential impact of an opt out system for organ donation in the UK*, 2008, www.odt.nhs.uk, 8; NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS, *Human bodies: donation for medicine and research*, London, Nuffield Council on Bioethics, 2011, 179; BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, *Building on Progress: Where next for organ donation policy in the UK?*, 2012, www.bma.org.uk/ethics, 9 en 41; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, 115, die stelt dat middels registratie de beslissingslast van de naasten kan worden verlicht, nu zij doorgaans de wil van de donor zullen volgen. Frankrijk: N. NEFUSSY-LEROY, *Organes humains: prélèvements, dons, transplantations*, Parijs, Eska, 1999, 75-76. Verenigde Staten: M.F. ANDERSON, “The Future of Organ Transplantation: From Where Will New Donors Come, to Whom Will Their Organs Go?”, *Health Matrix* 1995, vol. 5, (249) 268-269.

⁴⁴¹⁰ Zie: “Campagne orgaandonatie is een succes”, *De Morgen* 25 augustus 2005, 4; Vraag om uitleg van mevr. Vera Jans tot de heer Steven Vanackere, Vlaams minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin, over sensibilisering rond orgaandonatie, *Hand.* Vl. Parl. 2007-08, 27 mei 2008, 13; A.-C. SQUIFFLET, “Le cadre juridique du prélèvement et de la transplantation d’organes: choix éthiques et résultats pratiques”, *Ethica Clinica* 2011, nr. 61, (32) 38, die erop wijst dat een uitdrukkelijke toestemming van de donor de dialoog met de familie vergemakkelijkt. Vgl. R. VEATCH in X., “General Discussion: Living Organ Donation in Western Countries” in W. LAND en J.B. DOSSETOR (eds.), *Organ Replacement Therapy: Ethics, Justice and Commerce*, Berlijn/Heidelberg, Springer-Verlag,

Kortom, de toestemmingsregistraties kunnen in principe bijdragen tot een groter orgaanaanbod. Het stimuleren van de betrokkenheid van de burgers door de invoering van artikel 10, § 3ter Orgaantransplantatiewet moet dan ook worden beschouwd als één van de legislatieve maatregelen ter bestrijding van het orgaantekort.⁴⁴¹¹ Terwijl in 2005 nog maar zo'n 30.000 toestemmingsverklaringen geregistreerd waren, is dit aantal aanzienlijk gestegen tot 204.234 toestemmingen in 2014.⁴⁴¹² Deze stijging kan worden toegeschreven aan de Beldonor-campagne, die in 2005 van start ging.⁴⁴¹³

936. Weliswaar moet het belang van toestemmingsregistraties voor het orgaanaanbod vooralsnog worden genuanceerd. Niet alle toestemmingsregistraties resulteren in een effectieve orgaanwegneming, aangezien niet ieder sterfgeval een geschikte donor oplevert.⁴⁴¹⁴ Daarnaast verzetten de naasten in België zich hoe dan ook slechts in ongeveer 10 à 15% van de gevallen, wat de marge tot verbetering via toestemmingsregistraties beperkt. Bovendien blijkt het naastenverzet soms toch nog te worden gerespecteerd niettegenstaande de geregistreerde toestemming van de donor.⁴⁴¹⁵ Ook in het buitenland wordt geen sterke invloed van de toestemmingsregistratie op het orgaanaanbod vastgesteld.⁴⁴¹⁶

In Frankrijk werd de invoering van een toestemmingsregister zelfs geheel afgewezen omdat dit zou ingaan tegen het *presumed consent*-principe en men zo vreesde voor een ondermijning van orgaandonatie. Deze laatste stelling lijkt echter overdreven.⁴⁴¹⁷ Gelet op de bovenstaande redenering bij artikel 10, § 3ter Orgaantransplantatiewet is het m.i. plausibeler dat de toestemmingsregistratie wél een gunstige, maar weliswaar beperkte invloed op het orgaanaanbod heeft. Zelfs in een *presumed consent*-systeem is een toestemmingsregister dus verdedigbaar, voor zover althans de kostprijs van dit registratiesysteem evenredig is.⁴⁴¹⁸

Hoe dan ook kan deze registratiemogelijkheid tot op zekere hoogte gebruikt worden als een indicator voor de gunstige houding van de publieke opinie.⁴⁴¹⁹ Hoewel voorlopig slechts

1991, (136) 137; S.T. GALLAGHER, "The Spanish Model's Capacity to Save Lives by Increasing Organ Donation Rates", *Temp. Int'l. & Comp. L.J.* 2004, (403) 427.

⁴⁴¹¹ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 51-2680/1, 6 en 8.

⁴⁴¹² *Vr. en Antw.* Kamer 2014-15, 23 oktober 2014, *Vr.* nr. 4 S. LAHAYE-BATTHEU.

⁴⁴¹³ *Vr. en Antw.* Kamer 2011-12, 18 januari 2012, *Vr.* nr. 189 P. LOGGHE; A.-C. SQUIFFLET, "Enhancing public engagement in organ donation through the law: A comparison between Belgium and the United States" in G. RANDHAWA en S. SCHICKTANZ (eds.), *Public Engagement in Organ Donation and Transplantation*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2013, (36) 41. Zie in het algemeen over deze campagne *supra* Deel II, Hoofdstuk I, Afd. 1, § 2, B.

⁴⁴¹⁴ *Vgl. Vr. en Antw.* Senaat 2012-13, 23 januari 2013, *Vr.* nr. 5-7930 IDE.

⁴⁴¹⁵ Zie *supra* Hoofdstuk II, Afd. 3, § 2, A.2.b. van dit Deel.

⁴⁴¹⁶ M. DE KLERK *et al.*, "Gepaarde donorruil; nieuw landelijk programma voor nierdonatie bij leven", *Ned. T. Gen.* 2004, (420) 420; A. CAPLAN *et al.*, *Trafficking in organs, tissues and cells and trafficking in human beings for the purpose of the removal of organs*, Joint Council of Europe/United Nations study, 2009, <http://www.coe.int>, 24; A.K. GLAZIER, "Systematic increases in organ donation: the United States experience" in A.-M. FARRELL, D. PRICE en M. QUIGLEY (eds.), *Organ shortage: ethics, law, and pragmatism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, (195) 205; BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, *Building on Progress: Where next for organ donation policy in the UK?*, 2012, www.bma.org.uk/ethics, 42.

⁴⁴¹⁷ A. TERRASSON DE FOUGERES, "Que votre oui soit oui: plaidoyer pour un registre des acceptations de prélèvements d'organes", *RD Sanit. Soc.* 2000, (339) 339, 346 en 349-350. *Vgl.* Verslag DETIÈGE, *Parl. St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2680/5, 8, waar eveneens door een parlementslid werd gevreesd dat de nadruk op de positieve wilsuiting veeleer een ontmoedigend effect zou sorteren.

⁴⁴¹⁸ Zie i.v.m. de kostenafweging: J.E.M. AKVELD, "Het Voorstel van wet op de Orgaandonatie gewogen", *TvGR* 1992, (62) 74; Recommendation Rec(2003)12 of 19 June 2003 of the Committee of Ministers to member states on organ donor registers, <http://www.coe.int>, appendix nr. 7; L. ROELS, G. DESCHOOLMEESTER en Y. VANRENTERGHEM, "A Profile of People Objecting to Organ Donation in a Country With a Presumed Consent Law: Data From the Belgian National Registry", *Transpl. Proc.* 1997, vol. 29, (1473) 1474, waar het kostenefficiënter werd geacht om enkel in een verzetsregister te voorzien, indien de meeste mensen willen doneren. Zie voor de stelling dat een toestemmingregister goedkoper is in een *presumed consent*-systeem omdat er hier minder registraties zullen zijn: BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, *Organ donation in the 21st century*, London, BMA, 2000, 16-17; R.A.P. KOENE, "De Wet op de Orgaandonatie geëvalueerd: vooral tegenvallers", *Ned. T. Gen.* 2002, (652) 653; J. HERRING, *Medical law and ethics*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 381.

⁴⁴¹⁹ P. HOSTE, "Ontwikkeling van een zorgpad heart-beating orgaandonatie in het AZ Sint-Lucas Gent", *Scriptie* 2011-2012, www.scriptiebank.be, 14; "Taking Organ Transplantation to 2020: A detailed strategy", 2013, www.nhs.uk/to2020, 15.

zo'n 1,8% van de totale Belgische bevolking zijn toestemming heeft laten registreren, duidt de eerder vermelde stijging sinds 2005 wel op een voortdurend positieve evolutie.

3. Herroeping

937. Zowel het geregistreerde verzet, als de geregistreerde toestemming kunnen herroepen worden. Indien de donor zich bedenkt, sluit zijn eerdere registratie niet meer aan bij zijn werkelijke wil. Aldus volgt het herroepingsrecht logisch uit het zelfbepalingsrecht van de donor, dat steeds zijn werkelijke wil beschermt. Overeenkomstig KB Registratie kan de herroeping van de verzets- of toestemmingsregistratie te allen tijde, maar slechts zolang de betrokkene leeft.⁴⁴²⁰

938. De herroeping kan op verschillende manieren.⁴⁴²¹ Allereerst kan de herroeping van het verzet of de toestemming *rechtstreeks* gebeuren door enkel de selectie van 'herroeping van verzet' respectievelijk 'herroeping van uitdrukkelijke wilsbeschikking'. Deze vorm van herroeping is dubbelzinnig. Het zou kunnen betekenen dat men wenst terug te vallen op het vermoeden van toestemming (art. 10, § 1, lid 1 Orgaantransplantatiewet) en dus nog steeds donor wil zijn. Het zou eveneens kunnen betekenen dat men niets wou bepalen, en zelfs de beslissing aan iemand anders (bv. zijn naasten) wenste over te laten.⁴⁴²²

Daarnaast kan het geregistreerd verzet *onrechtstreeks* worden herroepen door de optie van uitdrukkelijke donorstelling te selecteren. Evenzo kan de geregistreerde toestemming worden herroepen door de verzetsverklaring te selecteren. Deze vorm van herroeping is ondubbelzinnig.

Ten slotte kunnen ook meerdere opties tegelijk worden geselecteerd voor zover ze niet tegenstrijdig zijn. Zo kunnen ofwel de verzetsverklaring en de herroeping van toestemming, ofwel de toestemmingsverklaring en de herroeping van verzet gecombineerd worden. Dergelijke keuze is eveneens ondubbelzinnig.

B. Alles-of-niets-systeem

939. Zoals gezegd, kan het huidige registratiesysteem een alles-of-niets-systeem worden genoemd. Deze administratieve striktheid geldt ten aanzien van zowel het weg te nemen lichaamsmateriaal (*infra* 1), als het gebruiksoogmerk van dit lichaamsmateriaal (*infra* 2).

1. Lichaamsmateriaal

940. Het registratieformulier biedt enkel de mogelijkheid om een wilsverklaring af te leggen over "elke wegneming van organen en weefsels".⁴⁴²³ Indien men zich verzet of registreert als donor, dan geldt dit dus noodzakelijkerwijze voor *alle* organen en weefsels. Hoewel de Orgaantransplantatiewet nu enkel van toepassing is op organen,⁴⁴²⁴ is de verwijzing naar weefsels voor alle duidelijkheid nog steeds actueel. Artikel 12 Wet Menselijk

⁴⁴²⁰ Art. 3 en 4, lid 2 KB Registratie.

⁴⁴²¹ Zie ook: art. 35M1 Omzendbrief 7 oktober 1992 betreffende het houden van de bevolkingsregisters en het vreemdelingenregister, BS 14 oktober 1992.

⁴⁴²² Vgl. Commentaar bij sec. 7 UAGA 2006.

⁴⁴²³ Bijlage bij KB Registratie.

⁴⁴²⁴ Zie reeds uitvoerig *supra* Deel II, Hoofdstuk III, Afd. 1.

Lichaamsmateriaal verklaart immers de regeling van artikel 10 Orgaantransplantatiewet van toepassing op weefsel- en celwegname.

Weliswaar is het denkbaar dat sommige donoren bepaalde organen niet willen afstaan. Er valt met name te denken aan organen die een nauwe verbondenheid met de persoon kunnen worden toegekend, zoals bv. het hart,⁴⁴²⁵ bepaalde uitwendige samengestelde weefsels (bv. complex gezichtsweefsel of handen)⁴⁴²⁶ en reproductieve organen (bv. de baarmoeder). Om dezelfde reden is het eveneens denkbaar dat de donor bepaalde weefsels (bv. hoornvlies, reproductieve weefsels) niet wil doneren. Ook zou de verwijzing naar ‘elke wegname van organen en weefsels’ de indruk kunnen wekken dat het lijk volledig mag worden leeggehaald, wat eveneens tegen de wil van de donor kan ingaan. Bijgevolg zal het registratieformulier niet voor iedere potentiële donor een geschikt middel zijn om de werkelijke wil uit te drukken. Het ontbreken van een differentiërmogelijkheid qua lichaamsmateriaal kan er dan ook toe leiden dat sommige potentiële donoren afzien van de registratie van hun donatiewens of noodgedwongen zelfs een verzet tegen iedere wegname registreren.⁴⁴²⁷

941. Moet het registratieformulier voorzien worden van een differentiërmogelijkheid qua lichaamsmateriaal? Het antwoord luidt m.i. bevestigend.⁴⁴²⁸ Verschillende overwegingen ondersteunen deze visie. Het zelfbepalingsrecht van de donor pleit alvast vóór een verfijning van het registratieformulier in die zin. Op basis van dit zelfbepalingsrecht kan de donor in principe immers niet enkel beslissen of een orgaanwegname mag plaatsvinden, maar ook welke organen ze betreft.⁴⁴²⁹

Hiertegen kunnen de eventuele kosten van een aanpassing van het formulier worden opgeworpen. Niettemin lijkt het aannemelijk dat deze kosten veeleer beperkt zijn en niet zullen opwegen tegen de baten. Een differentiërmogelijkheid kan namelijk het aantal donoren helpen toenemen. Iemand die wegens gebrek aan differentiëring anders niets zou afstaan, zal nu mogelijk toch enkele organen doneren via registratie.⁴⁴³⁰

Tegen een aanpassing zou eveneens het voordeel van de eenvoud van het huidige formulier kunnen worden aangevoerd. Nochtans hoeft een differentiëring qua lichaamsmateriaal niet tot een moeilijk in te vullen of snel verouderd registratieformulier te leiden. Een evenwicht kan worden bereikt door overeenkomstig het Amerikaanse model of het model van C. Lemmens een blakorimte te laten, zodat de donor naar eigen inzicht kan

⁴⁴²⁵ Bv. de christelijke getuigenissen in C. HOFFER, *Levenschouwing en orgaandonatie. Een vergelijking van joodse, christelijke, islamitische en humanistische opvattingen*, Amsterdam, Dutch University Press, 2002, 44 en 50; de casus in W.J.M. DEKKERS, “Orgaantransplantaties in wijsgerig-ethisch perspectief” in V.G.H.J. KIRKELS (ed.), *Transplantatie en mensbeeld*, Baarn, Ambo, 1992, (68) 77.

⁴⁴²⁶ B. PARENT, “Informing Donors about Hand and Face Transplants: Time to Update the Uniform Anatomical Gift Act”, *Health & Biomedical L.* 2015, 309 e.v.

⁴⁴²⁷ Vgl. B. PARENT, o.c., *Health & Biomedical L.* 2015, 309 e.v.

⁴⁴²⁸ Zie reeds: Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220/9, 46, met name de stelling van de heer Bourgeois: “In de uitvoeringsbesluiten moet overigens de mogelijkheid worden ingebouwd dat de donor die positieve wilsuiting slechts beperkt tot de wegname van enkele organen.”; Recommendation Rec(2003)12 of 19 June 2003 of the Committee of Ministers to member states on organ donor registers, <http://www.coe.int>, appendix nrs. 4-5.

⁴⁴²⁹ C. TROUET, *Van lichaam naar lichaamsmateriaal. Nader gebruik van cellen en weefsels*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 123; T. VANSWEEVELT en N. BROECKX, “Art. 10 Orgaantransplantatiewet” in *Comm. Pers.*, 2013, currens, 11; C. LEMMENS, *Voorafgaande wilsverklaringen met betrekking tot het levenseinde*, 2013, nr. 164 en nr. 1129. Zie ook: art. 9, lid 1 Nederlandse WOD; J.E.M. AKVELD, *Transplantatie en wetgeving: werkelijkheid en ideaal*, Lelystad, Vermande, 1987, 137; W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties: oorzaken en oplossingen in juridisch perspectief*, Arnhem, Gouda Quint, 1992, 206.

⁴⁴³⁰ In dezelfde zin: A.-C. SQUIFFLET, o.c. in G. RANDHAWA en S. SCHICKTANZ (eds.), *Public Engagement in Organ Donation and Transplantation*, 2013, (36) 38. Vgl. B. PARENT, o.c., *Health & Biomedical L.* 2015, 309 e.v.

differentiëren.⁴⁴³¹ Dit veronderstelt dan wel dat de donor is geïnformeerd over welk type lichaamsmateriaal kan worden weggenomen.

Voorts zou kunnen worden opgeworpen dat een aanpassing van het registratieformulier onnodig is. Een gedifferentieerde donatieverklaring is immers al mogelijk via de niet-geregistreerde wijze.⁴⁴³² Dit tegenargument overtuigt echter niet volledig. Een niet-geregistreerde donatieverklaring biedt immers niet dezelfde garantie op naleving van de wil van de donor als een geregistreerde verklaring.⁴⁴³³ De baten van een gedifferentieerde wilsverklaring zijn dus minder waarschijnlijk zonder registratie.

Ten slotte zou nog op een andere manier de overbodigheid van een differentiëringmogelijkheid bij registratie kunnen worden bepleit. Zo zou de plicht tot respect voor het lijk en tot bezorgdheid voor de gevoelens van de familie (art. 12 Orgaantransplantatiewet)⁴⁴³⁴ zodanig kunnen worden geïnterpreteerd dat zelfs bij een ongedifferentieerde geregistreerde donatieverklaring het lijk niet geheel mag worden leeggemaakt⁴⁴³⁵ of dat wegneming van uitwendige samengestelde weefsels zoals complex gezichtweefsel slechts met een specifieke toestemming mogelijk is. Dit tegenargument overtuigt echter evenmin. Deze interpretatie biedt namelijk geen zekerheid en dekt bovendien niet steeds de mogelijke bekommernissen van alle potentiële donoren. Alles pleit dus vóór een gedifferentieerde registratiemogelijkheid.

2. Qua gebruiksoogmerk

942. Oorspronkelijk was de regeling van artikel 10 en bijhorend KB Registratie beperkt tot wegneming voor transplantatiedoeleinden. Ook de titel van het registratieformulier vermeldt enkel “*wegneming en transplantatie*”.⁴⁴³⁶ Sinds de inwerkingtreding van de Wet Menselijk Lichaamsmateriaal geldt de registratie echter ook voor wegneming van organen en weefsels voor wetenschappelijke doeleinden en andere therapeutische doeleinden dan transplantatie. Artikel 12 Wet Menselijk Lichaamsmateriaal verklaart artikel 10 Orgaantransplantatiewet hierop immers van toepassing.⁴⁴³⁷ Een geregistreerde donatieverklaring heeft dus noodzakelijkerwijze betrekking op al deze doeleinden.⁴⁴³⁸

Nochtans zou een potentiële donor bv. tot orgaandonatie bereid kunnen zijn voor therapeutische doeleinden, maar niet voor wetenschappelijk gebruik. De rechtstreekse baten van therapeutisch gebruik op een medemens zouden hem immers gemakkelijker kunnen overtuigen dan de onrechtstreekse, vaak onzekere baten van wetenschappelijke aanwending. Wederom blijkt het registratieformulier dus niet voor iedere potentiële donor een geschikt

⁴⁴³¹ Modellen bij sec. 5 UAGA 2006; C. LEMMENS, *Voorafgaande wilsverklaringen met betrekking tot het levenseinde*, 2013, 904. *Contra* het Nederlandse model (Keuze 1, Bijlage bij het Besluit Donorregister van 26 januari 1998), waar differentiëring mogelijk is aan de hand van een m.i. onvolledige lijst van lichaamsmateriaal.

⁴⁴³² Vgl. W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 228.

⁴⁴³³ Zie *infra* Afd. 2, § 3 van dit Hoofdstuk.

⁴⁴³⁴ Zie reeds *supra* Hoofdstuk II, Afd. 3, § 2, A.2.a.2) van dit Deel.

⁴⁴³⁵ S. PANIS en N. VAN GELDER, “De Wet Menselijk Lichaamsmateriaal van 19 december 2008: een grondige analyse”, *T. Gez.* 2010-11, (217) 234, nr. 42. Vgl. ook: W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 206; X. LABBÉE, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, Lille, Presses universitaires de Lille, 1990, 318, die dit onder meer afleidt uit de term ‘wegneming’; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 39.

⁴⁴³⁶ Bijlage bij KB Registratie.

⁴⁴³⁷ Zie over het toepassingsgebied van de Wet Menselijk Lichaamsmateriaal reeds *supra* Deel II, Hoofdstuk III, Afd. 1, § 1. Zie ook: N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, Antwerpen, Intersentia, 2015, nr. 97 en 103.

⁴⁴³⁸ Zie : Verslag FLAHAUX, *Parl. St.* Kamer 2008-09, nr. 1409/4, 14 en 73, waar werd gesteld dat de Koning geen diversifieerbevoegdheid bezit; *Vr. en antw.* Senaat 2009-10, 1 december 2009, Vr. nr. 4-5081 P. VANKRUNKELSVEN; Vraag nr. 4-1164 L. IDE, *Hand.* Senaat 2009-10, 19 november 2009.

middel te zijn om de werkelijke wil uit te drukken. Zoals gezegd, kan het ontbreken van een differentiëringmogelijkheid er dan ook toe leiden dat sommige potentiële donoren afzien van de registratie van hun donatiewens of dat ze zich zelfs gedwongen zien om een verzet tegen iedere wegneming te laten registreren.

943. Moet het registratieformulier voorzien worden van een differentiëringmogelijkheid qua gebruiksoogmerk? Ook deze vraag moet m.i. bevestigend worden beantwoord.⁴⁴³⁹ Grotendeels dezelfde argumenten als bij het bovenstaande pleidooi voor differentiëring qua lichaamsmateriaal gaan hier op. Zo moet op de eerste plaats gewezen worden op het zelfbepalingsrecht van de donor. Op basis hiervan kan de donor in principe ook bepalen voor welke doeleinden zijn organen mogen worden weggenomen.⁴⁴⁴⁰

Bovendien kan een differentiëringmogelijkheid qua gebruiksoogmerk bijdragen tot het vermijden van gemiste kansen op orgaandonatie met transplantatieoogmerk.⁴⁴⁴¹ Het lijkt aannemelijk dat deze baat zal opwegen tegen de eventuele kosten van aanpassing van het registratieformulier.

Vervolgens kan overeenkomstig het Amerikaanse model of het model van C. Lemmens een duidelijke keuze geboden worden tussen wegneming voor therapeutische doeleinden (incl. transplantatie), dan wel wetenschappelijke doeleinden (incl. onderwijs).⁴⁴⁴² Aldus hoeft een differentiëring qua lichaamsmateriaal niet tot een moeilijk in te vullen registratieformulier te leiden.

Als tegenargument kan voorts worden opgeworpen dat een aanpassing van het registratieformulier onnodig is omdat een gedifferentieerde donatieverklaring al mogelijk is via de niet-geregistreerde wijze.⁴⁴⁴³ De baten van een gedifferentieerde wilsverklaring zijn echter minder waarschijnlijk zonder registratie, aangezien de naleving van deze wilsverklaring dan niet evengoed gewaarborgd kan worden.⁴⁴⁴⁴

Ten slotte merken sommigen op dat het gebrek aan differentiëringsoptie qua gebruiksoogmerk in de praktijk nog niet tot een daling van het orgaanaanbod heeft geleid.⁴⁴⁴⁵ Er zou echter wel sprake kunnen zijn van gemiste kansen op een stijging van registraties, hoewel dit maar moeilijk gecontroleerd kan worden. Hoe dan ook sluit het voorlopige uitblijven van problemen niet uit dat sommige potentiële donoren in de toekomst hier wél een probleem in zien. Dit geldt eens te meer nu de titel van het registratieformulier enkel ‘transplantatie’ vermeldt en de Wet Menselijk Lichaamsmateriaal wellicht geen grote publieksbekendheid

⁴⁴³⁹ Zie ook: art. R1232-6, lid 1 Franse Code de la santé publique.

⁴⁴⁴⁰ C. LEMMENS, *Voorafgaande wilsverklaringen met betrekking tot het levenseinde*, 2013, 126 ; N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nr. 107 ; GEZONDHEIDSRAAD, *Naar goed gebruik*, Den Haag, Gezondheidsraad, 1994, nr. 1994/01, 40.

⁴⁴⁴¹ Vgl. H. NYS, “Moet de orgaantransplantatiewet worden herzien?”, *Acta Hospitalia* 1990, (73) 74; Verslag FLAHAUX, *Parl. St. Kamer* 2008-09, nr. 1409/4, 14 en 73, waar werd gesteld dat de Koning geen diversifieerbevoegdheid bezit; *Vr. en antw.* Senaat 2009-10, 1 december 2009, Vr. nr. 4-5081 P. VANKRUNKELSVEN; Vraag nr. 4-1164 L. IDE, *Hand.* Senaat 2009-10, 19 november 2009; V. PIRARD en E. HEINEN, “L’opting out en matière de prélèvements post mortem à des fins de recherches ou d’applications médicales: un système éthique sous conditions”, *JLMB* 2013, (12) 15 ; S. STERCKX, “Arguments démontrant le caractère non éthique de l’article 12 de la loi relative à l’obtention et à l’utilisation de matériel corporel”, *JLMB* 2013, (8) 11.

⁴⁴⁴² Modellen bij sec. 5 UAGA 2006; C. LEMMENS, *Voorafgaande wilsverklaringen met betrekking tot het levenseinde*, 2013, 904.

⁴⁴⁴³ Vgl. Memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, 22.358, nr. 3, 6 en 40; D.Y.A. VAN MEERSBERGEN, “Wet op de orgaandonatie” in G.R.J. DE GROOT, T.A.M. VAN DEN ENDE, L.E. KALKMAN-BOGERD en J.J.M. LINDERS (eds.), *Gezondheidsrecht: tekst & commentaar*, Deventer, Kluwer, 2013, (1481) 1503.

⁴⁴⁴⁴ Zie *infra* Afd. 2, § 3 van dit Hoofdstuk.

⁴⁴⁴⁵ S. PANIS, “Lichaamsmateriaal voor geneeskundige toepassingen op de mens” in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1215) 1248; N. VAN GELDER, “Menselijk lichaamsmateriaal voor wetenschappelijk onderzoek” in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1263) 1290; Verslag FLAHAUX, *Parl. St. Senaat* 200-09, nr. 52-1409/4, 73; *Vr. en antw.* Senaat 2009-10, 1 december 2009, (Vr. nr. 4-5081 P. VANKRUNKELSVEN).

geniet, zodat de declaranten mogelijk onwetend zijn. Risico's inzake het orgaanaanbod kunnen maar best worden vermeden.

944. In verband met het transplantatieoogmerk moet nog worden opgemerkt dat het registratieformulier geen mogelijkheid biedt om te specificeren ten behoeve van welke ontvanger of groep van ontvangers de organen mogen worden weggenomen. Deze kwestie raakt de netelige problematiek van orgaanallocatie en zal uitvoerig in Deel VI worden behandeld.

C. Gesloten systeem

945. Zoals gezegd, betreft het registratieformulier ook een 'gesloten systeem' doordat het geen ruimte laat voor andere verklaringen dan de eigenlijke donatieverklaring. Nochtans zijn er wel een aantal andere relevante verklaringen denkbaar. Bij wijze van voorbeeld wordt hierna kort ingegaan op verklaringen betreffende de delegatie van beslissingsbevoegdheid (*infra* 1), betreffende de voorbereidende handelingen (*infra* 2) en betreffende de informatieverstrekking (*infra* 3).

1. Delegatie van beslissingsbevoegdheid

946. Er kan allereerst worden gedacht aan een verklaring waarbij de donor zijn beslissingsbevoegdheid omtrent orgaanwegneming delegeert aan zijn naasten. Voor sommige potentiële donoren is immers vooral van belang hoe de wegneming hun naasten beïnvloedt.⁴⁴⁴⁶ Evenzo kan worden gedacht aan een verklaring waarbij de donor zijn beslissingsbevoegdheid delegeert aan een specifieke persoon. De potentiële donor kan immers in onmin leven met bepaalde naasten⁴⁴⁴⁷ en/of menen dat deze specifieke persoon zijn wensen beter kan inschatten en doen naleven. Dergelijke delegatie kan dan problemen bij het contact met de naasten vermijden.

Overeenkomstig het zelfbepalingsrecht van de donor moeten deze delegatiekeuzes worden gerespecteerd.⁴⁴⁴⁸ Dit is m.i. een sterk argument om zoals in Nederland⁴⁴⁴⁹ deze delegatiemogelijkheid aan het registratieformulier toe te voegen.⁴⁴⁵⁰ Om orgaanwegneming niet nodeloos te verhinderen kan dan best ook voorzien worden in een verklaring die bepaalt wat te doen indien de aangeduide persoon niet (tijdig) beschikbaar is (bv. subsidiaire verzets- of toestemmingsverklaring, aanwijzing van een tweede vertegenwoordiger).

⁴⁴⁴⁶ E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen. De praktijk van postmortale orgaandonatie: een kritische beschouwing*, Utrecht, Van der Wees, 1999, 364.

⁴⁴⁴⁷ E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 364-365.

⁴⁴⁴⁸ Zie al *supra* Hoofdstuk II, Afd. 3, § 1, B.4. en § 2, B.4. van dit Deel.

⁴⁴⁴⁹ Art. 9, lid 2 en art. 11, lid 5 WOD; Keuzes 3 en 4 Besluit Donorregister.

⁴⁴⁵⁰ Zie ook: sec. 4 HTA 2004; sec. 8 Human Transplantation (Wales) Act 2013; sec. 4(2) en sec. 9(a)(1) UAGA 2006; Recommendation Rec(2003)12 of 19 June 2003 of the Committee of Ministers to member states on organ donor registers, <http://www.coe.int>, appendix nr. 4; W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 216 en 228; H. NYS, "Removal of Organs in the EU", *European Ethical-Legal Papers* N° 4, Leuven, 2007, 55, die erop wijst dat dit een geïnformeerde beslissing toelaat; J. DE WISPELAERE en L. STIRTON, o.c., *J. Med. Ethics* 2010, 180-183; C. LEMMENS, *Voorafgaande wilsverklaringen met betrekking tot het levenseinde*, 2013, 904; NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS, *Human bodies*, 2011, 177; H. COTTER, "Increasing consent for organ donation: mandated choice, individual autonomy, and informed consent", *Health Matrix* 2011, (599) 618.

2. Voorbereidende handelingen

947. Daarnaast zou de positieve donatieverklaring ook gepaard kunnen gaan met een uitdrukkelijke wilsverklaring omtrent bepaalde handelingen ter voorbereiding van orgaanwegneming. Het juridische statuut van dergelijke handelingen bevat voorlopig nog een aantal onduidelijkheden.⁴⁴⁵¹ Een uitdrukkelijke wilsuiting van de donor zou dit voor een stuk kunnen verhelpen.⁴⁴⁵²

Één bepaald type van voorbereidende handelingen is de karakterisering.⁴⁴⁵³ In verband hiermee kan eraan gedacht worden om het registratieformulier aan te vullen met de mogelijkheid tot verklaringen over de vereiste karakteriseringsgegevens, zoals bv. de bloedgroep. Hierdoor zou ten voordele van orgaantransplantatie tijd kunnen worden gewonnen bij orgaanwegneming.⁴⁴⁵⁴ Het risico bestaat echter dat de donor zich vergist over dergelijke informatie, wat zeer nefast kan zijn voor de uiteindelijke orgaanontvanger. Uiteindelijk vormt dit op het eerste gezicht dus niet zo'n aantrekkelijke toevoeging voor het registratieformulier.

3. Informatieverstrekking

948. Een laatste voorbeeld betreft een verklaring waarmee de potentiële donor bevestigt dat zijn beslissing geïnformeerd werd genomen. Het registratieformulier zou dan gepaard moeten gaan met de noodzakelijke informatie omtrent orgaanwegneming na overlijden (bv. als bijlage of verwerkt in het formulier). Zo kan voorkomen worden dat een potentiële donor zijn verzet registreert op basis van een verkeerd beeld over orgaanwegneming, wat tot meer donoren kan leiden.⁴⁴⁵⁵ Evenzo waarborgt dit dat de geregistreerde toestemming oordeelkundig is genomen, wat een argument kan zijn om eventuele weigerachtige naasten te overtuigen.

§ 2. DE DECLARANT

949. De persoon van wie de geregistreerde wilsverklaring uitgaat (d.i. de declarant), is niet noodzakelijk degene op wie deze verklaring betrekking heeft (d.i. de potentiële donor). Op basis van artikel 10, § 2 Orgaantransplantatiewet en KB Registratie moet hierbij een onderscheid worden gemaakt tussen meerderjarige potentiële donoren (*infra* A) en minderjarige potentiële donoren (*infra* B).

De bespreking die volgt, heeft voor alle duidelijkheid enkel betrekking op de personen die in het bevolkingsregister of meer dan zes maanden in het vreemdelingenregister zijn ingeschreven (*cf.* art. 10, § 1, lid 1 Orgaantransplantatiewet). Voor de overige personen geldt een afwijkende regeling die elders in dit proefschrift aan bod komt.⁴⁴⁵⁶

⁴⁴⁵¹ Zie uitvoerig *infra* Hoofdstuk V van dit Deel.

⁴⁴⁵² Vgl. D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 211.

⁴⁴⁵³ Zie reeds *supra* Deel II, Hoofdstuk III, Afd. 2, § 2, A en *infra* Deel VI, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, A.1.

⁴⁴⁵⁴ P. COLEMAN, ““Brother, can you spare a liver?” Five ways to increase organ donation”, *Val. U. L. Rev.* 1996, (1) 2 en 39. Vgl. ook: J. PY, “À propos des greffes du coeur: garanties juridiques indispensables pour les greffes d’organes”, *Gaz. Pal.* 1968, (84) 85, die voorstelt om de donor in het raam van een registratie als donor reeds bepaalde compatibiliteitstesten te laten uitvoeren.

⁴⁴⁵⁵ In gelijkaardige zin: S.E. JOSSELYN, *Informed Consent as a Requirement for Post Mortem Organ Donation*, Saarbrücken, VDM Verlag Dr. Müller, 2008, 84-85, die toegeeft dat meer informatie sommige personen zal doen afknappen, maar het waarschijnlijker acht dat er zo minder sceptisme zal zijn en dus meer mensen zullen willen doneren. Door zo het aantal transplantaties te verhogen, levert meer informatie dus een kostenvoordeel op.

⁴⁴⁵⁶ Zie *infra* Hoofdstuk IV, Afd. 2, § 2, C.1. van dit Deel.

A. Meerderjarigen

950. Ten aanzien van de meerderjarige potentiële donoren moet een verder onderscheid worden gemaakt tussen de wilsbekwame meerderjarigen (*infra* 1) en de wilsonbekwame meerderjarigen (*infra* 2).

1. Wilsbekwame meerderjarigen

a. Algemeen

951. Krachtens artikel 10, § 2, lid 1 Orgaantransplantatiewet kan de persoon die achttien jaar oud is (de meerderjarige dus) en in staat is om zijn wil te doen kennen, zijn verzet alleen uitdrukken. Krachtens artikel 10, § 2bis Orgaantransplantatiewet kan de persoon die in staat is zijn wil te uiten, ook zelf zijn uitdrukkelijke wil uitdrukken om donor te zijn na zijn overlijden. Kortom, de meerderjarige die in staat is zijn wil te uiten, kan zelf en zelfstandig (de herroeping van) zijn verzet of zijn toestemming inzake de wegneming van organen uit zijn lijk laten registreren.⁴⁴⁵⁷ Hij moet dan op het registratieformulier zijn identiteitsgegevens (laten) vermelden: Rijksregisternummer,⁴⁴⁵⁸ geslacht, naam en voorna(a)m(en), geboortedatum en -plaats, alsook adres (incl. gemeente en postcode).⁴⁴⁵⁹ De identiteitsdocumenten moeten hiervoor worden voorgelegd.⁴⁴⁶⁰ Eveneens moet hij zelf met de hand⁴⁴⁶¹ het formulier dagtekenen en handtekenen.

952. Wanneer is een meerderjarige ‘in staat zijn wil te doen kennen’? Er moet worden aangenomen dat dit feitelijke *wilsbekwaamheid* veronderstelt.⁴⁴⁶² De betrokkene moet m.a.w. voldoende geestelijke vermogens bezitten om de gevolgen van zijn beslissing omtrent orgaanwegneming te kunnen begrijpen en te kunnen afwegen.⁴⁴⁶³ Dit moet in principe geval per geval *in concreto* worden bekeken.⁴⁴⁶⁴ Als uitgangspunt geldt er weliswaar een vermoeden van bekwaamheid.⁴⁴⁶⁵

953. De wilsbekwaamheid moet onderscheiden worden van de *fysieke bekwaamheid*. Iemand die getroffen is door een fysieke onbekwaamheid, is daarom nog niet noodzakelijk wilsonbekwaam om een donatieverklaring af te leggen. Weliswaar kan de fysieke onbekwaamheid de registratie van de donatieverklaring bemoeilijken. In een ministeriële omzendbrief van 19 februari 1987 werd hieraan tegemoetgekomen. Indien de betrokkene zich niet naar de plaats van registratie⁴⁴⁶⁶ kan begeven (bv. wegens ziekenhuisopname), dan kan een blanco registratieformulier aan deze persoon worden bezorgd.⁴⁴⁶⁷ Indien de betrokkene om lichamelijke redenen (bv. blindheid, slechthoortheid of een handicap) niet in staat is om het

⁴⁴⁵⁷ Zie ook art. 10, § 3, lid 1 en § 3ter Orgaantransplantatiewet; art. 1, lid 1 en art. 4, lid 1 KB Registratie.

⁴⁴⁵⁸ Zie evenwel: art. M.B.1. Omzendbrief van 19 februari 1987, BS 21 februari 1987, waar werd gesteld dat het Rijksregisternummer slechts wordt vermeld indien betrokkene dit wenst (bv. indien het identificatienummer op de identiteitskaart vermeld staat).

⁴⁴⁵⁹ Formulier op www.beldonor.be; art. M.B.1. Omzendbrief van 19 februari 1987, BS 21 februari 1987.

⁴⁴⁶⁰ Art. M.B.1 Omzendbrief van 19 februari 1987, BS 21 februari 1987.

⁴⁴⁶¹ De rest kan machinaal worden ingevuld: art. M.B.1. Omzendbrief van 19 februari 1987, BS 21 februari 1987.

⁴⁴⁶² Vgl. Art. 9, lid 1 Nederlandse WOD (‘in staat zijn tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake’); C. BERNARD-XEMARD, “Prélèvements d’organes post mortem et incapacité juridique”, *Droit de la famille* 2012, www.lexisnexis.com, nr. 16.

⁴⁴⁶³ Vgl. *supra* Deel IV, Hoofdstuk III, Afd. 2.

⁴⁴⁶⁴ G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 735.

⁴⁴⁶⁵ Art. 1123 BW en *supra* Deel IV, Hoofdstuk III, Afd. 2, § 3, A. In die zin ook: art. M.C.1. Omzendbrief van 19 februari 1987, BS 21 februari 1987.

⁴⁴⁶⁶ Dit is het gemeentehuis. Zie *infra* § 3 van deze Afdeling.

⁴⁴⁶⁷ Art. M.C.4 Omzendbrief van 19 februari 1987, BS 21 februari 1987.

formulier zelf in te vullen, dan zal de ambtenaar die de aanvraag ontvangt, zelf de dag- en handtekening plaatsen, en de lichamelijke onbekwaamheid op schrift bevestigen.⁴⁴⁶⁸ Eenzelfde oplossing zou kunnen gelden voor analfabeten.

b. De Wet Hervorming Onbekwaamheid

954. De feitelijke wilsbekwaamheid moet eveneens onderscheiden worden van de juridische *handelingsbekwaamheid*.⁴⁴⁶⁹ In verband hiermee moet voor meerderjarigen rekening worden gehouden met de eventuele toepassing van de Wet Hervorming Onbekwaamheid. Zoals gezegd, heeft deze wet het statuut van ‘beschermde persoon’ ingevoerd ter vervanging van de vroegere handelingsonbekwaamheidsstatuten.⁴⁴⁷⁰ Deze nieuwe regeling heeft de zaken enkel maar complexer gemaakt wat betreft orgaanwegneming na overlijden.

955. Telkens wanneer de vrederechter nu een rechterlijke beschermingsmaatregel met betrekking tot de persoon beveelt, is hij krachtens artikel 492/1, § 1, lid 3, 17° BW verplicht om specifiek te oordelen over de (handelings-)bekwaamheid van deze beschermde persoon om toe te stemmen tot orgaanwegneming in de zin van artikel 10 Orgaantransplantatiewet.

Het valt op dat deze bepaling enkel verwijst naar de toestemming, terwijl artikel 10 Orgaantransplantatiewet ook van verzet spreekt. Sommige auteurs leiden hieruit af dat de vrederechter zich *kan*, maar niet moet uitspreken over de handelingsbekwaamheid tot verzetsuiting.⁴⁴⁷¹ Nochtans vertoont de wet hier m.i. slechts een vergetelheid en is het wel degelijk de bedoeling dat de vrederechter zich moet uitspreken over zowel de toestemming, als het verzet bedoeld in art. 10 Orgaantransplantatiewet. Artikel 492/1, § 1, lid 3 BW moest immers voorzien in een lijst van zeer gewichtige rechtshandelingen waarover de vrederechter zich zeker moet uitspreken met het oog op de uniformiteit van diens beoordeling, de transparantie en de rechtszekerheid.⁴⁴⁷² Ook het verzet tegen orgaanwegneming kan toch beschouwd worden als een belangrijke rechtshandeling? Het lijkt bovendien niet te stroken met de rechtszekerheid, noch met de transparantie of de bescherming van de onbekwame om enkel uitspraak te doen over diens mogelijkheid tot toestemming. Er valt ten slotte niet in te zien hoe iemand wel bekwaam kan zijn om toe te stemmen tot orgaanwegneming, maar onbekwaam om zich hiertegen te verzetten.⁴⁴⁷³ De wetgever moet hierover duidelijkheid scheppen door een verwijzing naar het verzet in artikel 492/1, § 1, lid 3, 17° BW op te nemen.

956. Hoewel het oordeel van de vrederechter inzake handelingsbekwaamheid in principe nauw zou moeten aansluiten bij de feitelijke wilsbekwaamheid,⁴⁴⁷⁴ blijft een discrepantie tussen handelings- en wilsbekwaamheid mogelijk. Ten eerste kan het zijn dat de vrederechter de beschermde persoon ten aanzien van artikel 10 Orgaantransplantatiewet *handelingsbekwaam* heeft verklaard én dat deze persoon op het moment van registratie ook daadwerkelijk *wilsbekwaam* is. In dat geval behoudt de betrokkene de mogelijkheid om zelf en zelfstandig zijn wil inzake orgaanwegneming na overlijden via registratie te uiten.

⁴⁴⁶⁸ Art. M.C.5 Omzendbrief van 19 februari 1987, BS 21 februari 1987.

⁴⁴⁶⁹ Zie hierover *supra* Deel IV, Hoofdstuk III, Afd. 2, § 2, A.

⁴⁴⁷⁰ Zie hierover *supra* Deel IV, Hoofdstuk III, Afd. 2, § 2, B.

⁴⁴⁷¹ H. NYS en L. BODDEZ, “De meerderjarige beschermde personen bekeken vanuit gezondheidsrechtelijke invalshoek”, *RW* 2013-14, (1083) 1085, nr. 7.

⁴⁴⁷² Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2011-12, nr. 53-1009/1, 42.

⁴⁴⁷³ Vgl. A. TERRASSON DE FOUGERES, *o.c.*, *RD Sanit. Soc.* 2000, (339) 351.

⁴⁴⁷⁴ Vgl. *supra* Deel IV, Hoofdstuk III, Afd. 2, § 2.

Ten tweede kan het zijn dat de vrederechter de beschermde persoon ten aanzien van artikel 10 Orgaantransplantatiewet *handelingsbekwaam* heeft verklaard, maar dat deze persoon op het moment van registratie *wilsonbekwaam* blijkt te zijn. In dat geval kan er geen geldige wil omtrent orgaanwegname worden geuit of geregistreerd. Het vereiste van wilsbekwaamheid uit de Orgaantransplantatiewet moet immers nageleefd worden. Bezwaarlijk kan worden verondersteld dat de uitspraak van de vrederechter overeenkomstig artikel 492/1, § 1, lid 3, 17° BW de wettelijke voorwaarde van wilsbekwaamheid uit de Orgaantransplantatiewet zou opheffen. Het was juist de bedoeling van de wetgever om zo weinig mogelijk te raken aan de Orgaantransplantatiewet.⁴⁴⁷⁵ Dit zou bovendien minder bescherming bieden aan de kwetsbare wilsonbekwame persoon, wat evenmin de bedoeling kan zijn.

Ten derde kan het zijn dat de vrederechter de beschermde persoon ten aanzien van artikel 5 Orgaantransplantatiewet *handelingsonbekwaam* heeft verklaard én dat deze persoon op het moment dat de toestemming moet worden gegeven ook *wilsonbekwaam* blijkt. Ook dan kan de wil omtrent orgaanwegname niet geldig worden geuit of geregistreerd. In dat geval kan de toestemming hoe dan ook niet geldig worden gegeven.

Ten slotte kan het zijn dat de vrederechter de beschermde persoon ten aanzien van artikel 10 Orgaantransplantatiewet *handelingsonbekwaam* heeft verklaard, maar dat deze persoon op het moment van registratie wél *wilsbekwaam* is. Conform de nieuwe onbekwaamheidsregeling zal de betrokkene zijn donatieverklaring, ondanks de wilsbekwaamheid, toch niet kunnen laten registreren. Er moet immers rekening worden gehouden met de handelingsonbekwaamheid. Anders zou dit de verplichting van de vrederechter om hierover te oordelen volledig uithollen,⁴⁴⁷⁶ wat niet de bedoeling van de wetgever kan zijn.⁴⁴⁷⁷ De enige oplossing *de lege lata* om alsnog orgaandonatie door de wilsbekwame beschermde persoon mogelijk te maken, is de aanpassing van de onbekwaamverklaring via de vrederechter (art. 492/4, lid 1 BW).

2. Wilsonbekwame meerderjarigen

957. Uit artikel 10, § 2, lid 1 en § 2bis Orgaantransplantatiewet volgt logischerwijze dat de meerderjarige potentiële donor niet meer zelf en zelfstandig zijn wil omtrent orgaanwegname kan uitdrukken indien hij wilsonbekwaam is. Hetzelfde geldt indien de meerderjarige door de vrederechter hiertoe handelingsonbekwaam is verklaard.⁴⁴⁷⁸ Er moet dan een onderscheid worden gemaakt tussen de toestemming (*infra* a) en het verzet (*infra* b).

⁴⁴⁷⁵ Verslag BROTCORNE en VAN HECKE, *Parl. St. Kamer* 2011-2012, nr. 53-1009/010, 18.

⁴⁴⁷⁶ Ofschoon art. 10 Orgaantransplantatiewet specifiek bepaalt dat de levende donor wilsbekwaam moet zijn, bepaalt ook art. 492/1, § 1, lid 3, 17° BW specifiek dat een persoon handelingsonbekwaam kan worden verklaard inzake orgaanwegname bij leven. Het *lex specialis*-principe laat dus niet toe om de Orgaantransplantatiewet (en daarmee de wilsbekwaamheid) voorrang te geven. Bovendien is er ook een interpretatieprincipe dat voorrang geeft aan de meest recente wet, wat hier ten voordele van art. 492/1, § 1, lid 3, 17° BW speelt.

⁴⁴⁷⁷ Zie *a contrario*: Verslag BROTCORNE en VAN HECKE, *Parl. St. Kamer* 2011-2012, nr. 53-1009/010, 8, waaruit de bedoeling blijkt om de beroepsbeoefenaar met betrekking tot de handelingen uit art. 492/1, § 1, lid 3 BW geen beoordelingsvrijheid omtrent de wilsbekwaamheid meer toe te kennen.

⁴⁴⁷⁸ Zie vorig randnummer.

a. Toestemming: geen vertegenwoordiging mogelijk

958. Uit de wet valt duidelijk af te leiden dat de toestemming tot orgaanwegneming na overlijden enkel en alleen door de betrokkene zelf kan worden uitgedrukt.⁴⁴⁷⁹ In geval van wilsonbekwaamheid kan er dus nooit een toestemming tot wegneming worden geregistreerd.⁴⁴⁸⁰

Wat indien de potentiële donor enkel (handelings)onbekwaam werd verklaard door de vrederechter? Voor sommige gevallen van handelingsonbekwaamheid maakt de Wet Hervorming Onbekwaamheid het mogelijk dat de beschermde persoon vertegenwoordigd kan worden of bijstand kan genieten van een bewindvoerder. Artikel 497/2 BW bevat de lijst van handelingen die van vertegenwoordiging of bijstand uitgesloten zijn en sluit de toestemming tot orgaanwegneming na overlijden alvast niet uitdrukkelijk uit. Artikel 497/2, 20° BW verbiedt echter wel de vertegenwoordiging door de bewindvoerder of bijstand voor het verlenen van toestemming tot het stellen van handelingen die de fysieke integriteit of de intieme levenssfeer van de beschermde persoon raken. Deze bepaling omvat een ruime categorie van handelingen die een hoogstpersoonlijke keuze van de beschermde persoon vereisen en waarover niemand anders in zijn plaats kan beslissen of zijn belang kan beoordelen.⁴⁴⁸¹ Welnu, toestemming tot orgaanwegneming na overlijden moet in het licht van artikel 10, § 2bis Orgaantransplantatiewet evenzeer als een hoogstpersoonlijke handeling worden beschouwd.⁴⁴⁸² Dergelijke beslissing raakt de privésfeer van de donor. Bovendien kan de aantasting van het lijk eveneens als een aantasting van fysieke integriteit worden beschouwd.⁴⁴⁸³ Artikel 497/2, 20° BW sluit vertegenwoordiging of bijstand inzake toestemming tot orgaanwegneming dus in beginsel uit.⁴⁴⁸⁴ Deze bepaling geldt weliswaar onverminderd de afwijkende bepalingen opgenomen in bijzondere wetten. Maar noch de Orgaantransplantatiewet, noch enige andere wet laten vertegenwoordiging voor de toestemming tot orgaanwegneming na overlijden toe. Bijgevolg moet worden besloten dat (de registratie van) dergelijke toestemming ook bij handelingsonbekwaamheid is uitgesloten. De handelingsonbekwaamheid impliceert m.a.w. de rechtsonbekwaamheid.⁴⁴⁸⁵

⁴⁴⁷⁹ Dit volgt meer bepaald uit art. 10, § 2 (vertegenwoordigingsregeling die enkel voor verzet geldt) en § 2bis (men kan enkel ‘zelf’ zijn uitdrukkelijke wil uiten) Orgaantransplantatiewet. Zie ook: N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nr. 106.

⁴⁴⁸⁰ Art. 10, § 3ter Orgaantransplantatiewet (uitdrukkelijke wil kan enkel door een persoon in de hoedanigheid van donor worden uitgedrukt); art. 4, lid 2 KB Registratie; art. M.C.1.c. Omzendbrief van 19 februari 1987, BS 21 februari 1987; Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2011-12, nr. 53-2158/1, 31.

⁴⁴⁸¹ Vgl. Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2010-11, nr. 53-1009/1, 48.

⁴⁴⁸² Vgl. Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2011-12, nr. 53-2158/1, 31.

⁴⁴⁸³ Zie voor voorbeelden van het gebruik van de term ‘fysieke integriteit’ *post mortem*: H. DE PAGE en J-P. MASSON, *Traité. Les personnes II. Vol. 1*, Brussel, Bruylant, 1990, nr. 40 die verwijst naar het Cassatiearrest van 3 juli 1899; J. VELAERS, “Het menselijk lichaam en de grondrechten” in CENTRUM GRONDSLAGEN VAN HET RECHT (ed.), *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen, Maklu, 1996, (117) 204; H. AKVELD en M. BUIJSEN, *Een juridische verkenning inzake alternatieve beslissystemen rondom orgaandonatie en inzake financiële incentives*, 2008, www.rijksoverheid.nl, 8; J. MAEIJER, “Transplantatie van organen: opnieuw bezien”, *TPR* 2008, (1) 3; Advies nr. 54 van 10 december 2012 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek betreffende de toestemming tot wegneming *post mortem* van menselijk lichaamsmateriaal met het oog op de geneeskundige toepassing op de mens of het wetenschappelijk onderzoek, <http://www.health.belgium.be>, 19 en 30; T. VANSWEEVELT en S. TACK, “Het recht op gezondheidstoestandinformatie en geïnformeerde toestemming” in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (331) 384.

⁴⁴⁸⁴ Zie ook: H. NYS en L. BODDEZ, *o.c.*, *RW* 2013-14, (1083) 1087, nr. 15, die menen dat de wetgever de onmogelijkheid tot vertegenwoordiging best uitdrukkelijk in het BW zou vermelden.

⁴⁴⁸⁵ Verslag BROTCORNE en VAN HECKE, *Parl. St. Kamer* 2011-2012, nr. 53-1009/010, 24. Schijnbaar *contra*: Verslag BROTCORNE en VAN HECKE, *Parl. St. Kamer* 2011-12, nr. 53-1009/10, 25, dat op dit punt echter ongemotiveerd is en ondoordacht overkomt.

b. Verzet: vertegenwoordiging mogelijk

959. Daarentegen kan het uitdrukken en laten registreren van (de herroeping van) het verzet van de meerderjarige in geval van wilsonbekwaamheid wél via een vertegenwoordiger gebeuren.⁴⁴⁸⁶ Hieruit volgt dat deze vertegenwoordiging ook bij handelingsonbekwaamheid mogelijk is.⁴⁴⁸⁷

Weliswaar laat artikel 10, § 2, lid 4 Orgaantransplantatiewet de vertegenwoordiging inzake het verzet maar toe indien de betrokkene niet in staat is zijn wil te uiten “*wegens zijn geestestoestand*”. De reden van deze precisering is niet meteen duidelijk. De parlementaire stukken verklaren het begrip ‘geestestoestand’ alvast niet. Het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek lijkt de precisering te beschouwen als een beperking tot slechts bepaalde vormen van wilsonbekwaamheid. Zo meende het Comité dat het slechts zou gaan om een persoon die lijdt aan een “*medisch vastgestelde permanente mentale aandoening die hem definitief onbekwaam maakt in te staan voor zijn handelingen*”, wat bv. patiënten in coma of met Alzheimer zou uitsluiten.⁴⁴⁸⁸

Deze stelling kan *de lege lata* echter niet worden bijgevalen. Door te stellen dat het moet gaan om een permanente, definitieve geestestoestand wordt een onbestaande voorwaarde aan de wet toegevoegd. Wettelijk gezien volstaat het dat de betrokkene wegens zijn geestestoestand zijn wil niet kan uiten. Hieronder valt ook het coma, wat eveneens een ‘geestestoestand’ in de gebruikelijke zin van het woord is.⁴⁴⁸⁹ Indien de wetgever de bedoeling heeft om de vertegenwoordiging tot gevallen van permanente onbekwaamheid te beperken, dan kan de wet best in die zin verduidelijkt worden. *Prima facie* bestaat er m.i. echter geen gegronde reden voor dergelijke beperking, zodat de schrapping van de term ‘geestestoestand’ kan worden bepleit.

960. Overeenkomstig artikel 10, § 2, lid 4 Orgaantransplantatiewet kan de onbekwame meerderjarige voor het uitdrukken van verzet tegen orgaanwegneming na zijn overlijden vertegenwoordigd worden “*door zijn wettelijke vertegenwoordiger, door zijn bewindvoerder of bij gebreke daarvan door zijn naaste verwant*”. In dit geval moeten nog steeds de identiteitsgegevens van de potentiële donor op het registratieformulier vermeld worden, maar zal de vertegenwoordiger dit dag- en handtekenen.⁴⁴⁹⁰ Bijkomend moet deze vertegenwoordiger zijn naam en graad van verwantschap met de donor vermelden,⁴⁴⁹¹ alsook de nodige identiteitsdocumenten en bewijsstukken van vertegenwoordiging voorleggen.⁴⁴⁹²

De bewindvoerder is zonder twijfel de vertegenwoordiger die bij handelingsonbekwaamheid kan worden aangeduid in het raam van het nieuwe statuut van beschermde persoon. In die zin is de bewindvoerder dus een wettelijke vertegenwoordiger die bevoegd kan zijn om verzet tegen orgaanwegneming na overlijden te uiten. De verwijzing naar

⁴⁴⁸⁶ Art. 10, § 2, lid 4 en § 3 Orgaantransplantatiewet; art. 1, lid 2, art. 2, § 1, lid 2 en art. 3 KB Registratie.

⁴⁴⁸⁷ Art. 497/2, 20° BW geldt immers onverminderd de afwijkende bepalingen opgenomen in bijzondere wetten, zoals *in casu* art. 10, § 2, lid 4 Orgaantransplantatiewet.

⁴⁴⁸⁸ Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, <http://www.health.belgium.be>, 72. In dezelfde zin: G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 740, voetnoot 509, die tot deze conclusie komt omdat de Orgaantransplantatiewet spreekt van ‘geestestoestand’ in plaats van de ruimere uitdrukking ‘niet in staat zijn rechten uit te oefenen’ zoals in de Wet Patiëntenrechten.

⁴⁴⁸⁹ Zie ook: P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2011, 165, nr. 365; H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 428; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 735; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 125.

⁴⁴⁹⁰ Art. 2, § 1 KB Registratie; art. M.B.1 Omzendbrief van 19 februari 1987, BS 21 februari 1987.

⁴⁴⁹¹ Art. 2, § 1, lid 2 KB Registratie.

⁴⁴⁹² Art. M.B.1 en M.C.1.c. Omzendbrief van 19 februari 1987, BS 21 februari 1987.

de bewindvoerder vervangt de verwijzing naar de voorlopige bewindvoerder onder het vroegere statuut van voorlopig bewind.⁴⁴⁹³ Bij registratie van het verzet zal de bewindvoerder ter staving van zijn bevoegdheid het vonnis van de vrederechter kunnen voorleggen. De vermelding van de graad van verwantschap lijkt hierbij evenwel onzinnig.

In tegenstelling tot bij de invoering van de Orgaantransplantatiewet zijn er ingevolge de Wet Hervorming Onbekwaamheid nu geen andere gemeenrechtelijke onbekwaamheidsstatuten voor meerderjarigen meer buiten het statuut van beschermde persoon. Sindsdien is het niet meer duidelijk wat artikel 10, § 2, lid 4 Orgaantransplantatiewet bedoelt met de vage verwijzing naar ‘wettelijke vertegenwoordiger’ en hoe deze zich verhoudt met de bewindvoerder. Er zou op het eerste gezicht nog gedacht kunnen worden aan de wettelijke vertegenwoordiger in de zin van artikel 14 Wet Patiëntenrechten, aangezien deze eveneens voor gezondheidsrechtelijke persoonsaangelegenheden bedoeld is. De vertegenwoordiger is dan in dalende volgorde: 1) een zelf aangeduide vertegenwoordiger, 2) de bewindvoerder, na machtiging door de vrederechter, 3) de samenwonende echtgenoot, de wettelijk samenwonende partner of de feitelijk samenwonende partner, 4) een meerderjarig kind, 5) een ouder, 6) een meerderjarige broer of zus of 7) de behandelende beroepsbeoefenaar.⁴⁴⁹⁴ Hoewel zo meteen ook de verhouding met de bewindvoerder zou zijn geregeld, hoort artikel 14 Wet Patiëntenrechten hier juridisch-technisch echter niet thuis.⁴⁴⁹⁵ De Wet Patiëntenrechten is immers niet van toepassing op orgaanwegneming na overlijden.⁴⁴⁹⁶

Indien een wettelijke vertegenwoordiger of bewindvoerder ontbreekt, kan de wilsonbekwame meerderjarige alsnog vertegenwoordigd worden door zijn naaste verwant. Aangezien de wet niet verwijst naar meerdere verwanten moet worden aangenomen dat enkel de meest naaste verwant kan optreden.⁴⁴⁹⁷ De term ‘verwant’ kan strikt worden geïnterpreteerd in de zin van bloedverwantschap, dan wel soepel in de zin van aanverwantschap. Aangezien ook aanverwanten nauw met de wilsonbekwame meerderjarige verbonden kunnen zijn, kan voor de soepele interpretatie worden gepleit. Afhankelijk van de situatie kan dit met name leiden tot vertegenwoordiging door de echtgenoot/partner, de ouders, meerderjarige kinderen of meerderjarige broers/zussen. Bij registratie van het verzet zal de graad van verwantschap vermeld moeten worden, wat toelaat om te controleren of het gaat om een naaste verwant. Het is echter niet meteen duidelijk hoe de vertegenwoordigingsbevoegdheid moet worden bewezen.

Hierboven zijn een aantal wettelijke onduidelijkheden aan het licht gekomen, zodat voor een aanpassing van de wet kan worden gepleit. Een regeling zoals artikel 14 Wet Patiëntenrechten zou m.i. een preciezer en coherenter alternatief zijn.

961. Ten slotte bepaalt artikel 10, § 2, lid 4 Orgaantransplantatiewet dat de vertegenwoordiging bij het uitdrukken van verzet slechts mogelijk is voor zover de potentiële donor nog *in leven* is.⁴⁴⁹⁸ Hieruit kan worden afgeleid dat de vertegenwoordiger slechts het

⁴⁴⁹³ Het was überhaupt vreemd dat de voorlopige bewindvoerder in de Orgaantransplantatiewet als een mogelijke vertegenwoordiger werd beschouwd, aangezien deze immers enkel bedoeld was als vertegenwoordiger wat betreft de *goederen* van de onbekwame, terwijl orgaandonatie de *persoon* van de onbekwame betreft. Zie ook al: Amendement nr. 4, *Parl. St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2680/2, 4; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2010, 740; Omzendbrief van 19 februari 1987 aangaande de wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, *BS* 21 februari 1987, 2.503.

⁴⁴⁹⁴ Zie in gelijkaardige zin, maar zonder vermelding van juridische grondslag: H. NYS en G. VAN BEEUMEN, *o.c.* in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (38) 41.

⁴⁴⁹⁵ Zie ook: G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2010, 740.

⁴⁴⁹⁶ *Cf. supra* Hoofdstuk I, Afd. 1 van dit Deel.

⁴⁴⁹⁷ Zie ook: H. NYS en G. VAN BEEUMEN, *o.c.* in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (38) 41.

⁴⁴⁹⁸ Zie reeds: W. DREESSEN, “Orgaantransplantatie en mensenrechten”, *Jura Falc.* 1984-85, (500) 513.

zelfbepalingsrecht van de donor en dus niet een eigen beslissingsrecht uitoefent.⁴⁴⁹⁹ Vanaf zijn overlijden is de wilsonbekwame niet langer drager van rechten,⁴⁵⁰⁰ zodat een vertegenwoordiger het zelfbepalingsrecht van de donor dan logischerwijze ook niet meer kan uitoefenen. De vertegenwoordiger treedt met andere woorden slechts op in naam en voor rekening van de wilsonbekwame meerderjarige.⁴⁵⁰¹

Volgens deze redenering moet de vertegenwoordiging in principe beslissen zoals de wilsonbekwame meerderjarige zou hebben beslist, mocht hij wilsbekwaam zijn (*substituted judgment*-standaard).⁴⁵⁰² Bijgevolg moet m.i. worden aangenomen dat de vertegenwoordiger niet langer verzet kan uitdrukken indien de meerderjarige vóór het intreden van de wilsonbekwaamheid al zijn toestemming tot orgaanwegneming had uitgedrukt of had laten registreren.⁴⁵⁰³

Quid indien de meerderjarige nooit wilsbekwaam is geweest? In dat geval kan de vertegenwoordiger onmogelijk weten wat de meerderjarige zou hebben beslist. Hij zal dan moeten beslissen in het belang van de meerderjarige (*best interest*-standaard).⁴⁵⁰⁴ Het is echter moeilijk om een parameter te vinden aan de hand waarvan kan worden bepaald of het verzet tegen orgaanwegneming in het belang van de onbekwame meerderjarige is. Een vanzelfsprekende parameter is de wil van de meerderjarige zelf,⁴⁵⁰⁵ maar deze zal slechts relevant zijn indien de (al dan niet handelingsbekwame) meerderjarige wilsbekwaam is. De orgaanwegneming zal hoe dan niet zijn fysieke belang raken, aangezien hij op het moment van de orgaanwegneming niet meer bestaat. Aldus blijft enkel nog zijn morele belang bij het (gebrek aan) verzet bij leven over.⁴⁵⁰⁶ Dit zal echter geheel onbestaande kunnen zijn⁴⁵⁰⁷ of althans moeilijk te beoordelen zijn ten aanzien van een wilsonbekwame meerderjarige. De vertegenwoordiger lijkt zo veeleer zijn eigen wensen te moeten uitdrukken.

Noch de *substituted judgment*-standaard noch de *best interest*-standaard verklaren m.i. echter waarom de vertegenwoordiger wel verzet, maar geen toestemming kan uitdrukken. Het is toch evengoed mogelijk dat de wilsonbekwame meerderjarige zou hebben toegestemd, mocht hij wilsbekwaam zijn geweest? Evenzo zou het donorschap in theorie toch evengoed in het morele belang van de wilsonbekwame meerderjarige kunnen zijn, net zoals het verzet tegen dit belang kan zijn?

⁴⁴⁹⁹ Zie ook: G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2010, 740, die dit in verband brengt met het persoonlijk karakter van dergelijke beslissing.

⁴⁵⁰⁰ Zie *supra* Hoofdstuk I, Afd. 2 van dit Deel.

⁴⁵⁰¹ Zie ook: art. 2, § 1, lid 2 KB Registratie; art. M.C.1 Omzendbrief van 19 februari 1987, BS 21 februari 1987. Vgl. Comment bij sec. 8 UAGA 2006.

⁴⁵⁰² Vgl. *supra* Deel IV, Hoofdstuk V, Afd. 2, § 2, A.2.a; G. PENNING, “Ethics of organ retrieval” in Y. ENGLERT (ed.), *Organ and Tissue Transplantation in the European Union: Management of Difficulties and Health Risks Linked to Donors*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, (166) 169.

⁴⁵⁰³ Zie ook: H.J.J. LEENEN, “Gezondheidsrechtelijke aspecten van orgaantransplantatie”, *NJB* 1978, (871) 874.

⁴⁵⁰⁴ Vgl. *supra* Deel IV, Hoofdstuk V, Afd. 2, § 2, A.2.b.; Explanatory notes, Human Tissue Act 2004, <http://www.legislation.gov.uk>, nr. 22; Sec. 3(2)(a) Human Tissue Act 2004 (Persons who Lack Capacity to Consent and Transplants) Regulations 2006; J. MCHALE, “The legal regulation of human material” in A. GRUBB, J. LAING en J. MCHALE (eds.), *Principles of medical law*, Oxford, Oxford University Press, 2010 (3^{de} ed.), (1011) 1026-1027.

⁴⁵⁰⁵ Vgl. A. GARWOOD-GOWERS, “Time to Address the Problem of Post-Mortem Procurement of Organs for Transplantation Occurring without Proper Pre-mortem Consent”, *EJHL* 2013, (383) 383-384 en 385; A.A.P. GARWOOD-GOWERS en S. OLSENA, “Respect for the Individual: A Human Right in post-mortem use of the Body for Transplantation” in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J.V. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation: Ethical, Legal and Psychosocial Aspects. Expanding the European Platform*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2011, (148) 149.

⁴⁵⁰⁶ Vgl. *supra* Hoofdstuk II, Afd. 2, § 1, B.1. van dit Deel.

⁴⁵⁰⁷ Vgl. J.E.M. AKVELD, *Transplantatie en wetgeving*, 1987, 139-140; H.E.G.M. HERMANS, *Gezondheidsrecht en minderjarigen: de rechtspositie van minderjarigen in de gezondheidszorg*, Deventer, Kluwer, 1990, 118.

B. Minderjarigen

962. Zoals bij meerderjarigen maakt de wet bij personen die minder dan achttien jaar oud zijn (minderjarigen dus), een onderscheid naargelang ze al dan niet ‘in staat zijn om hun wil te doen kennen/te uiten’.⁴⁵⁰⁸ Er moet worden aangenomen dat dit criterium ook hier neerkomt op de feitelijke wilsbekwaamheid.⁴⁵⁰⁹

Volgens de Ministeriële Omzendbrief van 19 februari 1987 kan als richtlijn worden aangenomen dat een minderjarige vanaf 13 à 14 jaar doorgaans wel in staat is om over voldoende onderscheidingsvermogen te beschikken.⁴⁵¹⁰ Weliswaar kan beter 12 jaar als richtlijn gelden, aangezien de wetgever zelf meende dat een minderjarige reeds vanaf die leeftijd zelfstandig kan toestemmen tot wegneming van organen bij leven (art. 7, § 2 Orgaantransplantatiewet).⁴⁵¹¹ Hoe dan ook is de leeftijd slechts één van de mogelijke parameters en moet de wilsbekwaamheid telkens geval per geval *in concreto* worden bekeken.⁴⁵¹² De Belgische wet legt dus terecht geen vaste leeftijdsgrens op ten aanzien van minderjarigen inzake orgaanwegneming na overlijden.⁴⁵¹³

Aangezien er in tegenstelling tot meerderjarigen geen principieel vermoeden van bekwaamheid geldt voor minderjarigen, wordt hierna eerst de regeling voor wilsonbekwame minderjarigen (*infra* 1) toegelicht en pas dan die voor wilsbekwame minderjarigen (*infra* 2). Ten slotte moet hier ook de *tabula rasa*-clausule worden vermeld (*infra* 3).

1. Wilsonbekwame minderjarigen

963. Net zoals voor wilsonbekwame meerderjarigen verschilt de toestemmingsregeling voor wilsonbekwame minderjarigen van de verzetsregeling.

Uit artikel 10, § 2*bis* Orgaantransplantatiewet volgt dat de toestemming tot orgaanwegneming na overlijden enkel kan worden uitgedrukt door een wilsbekwame

⁴⁵⁰⁸ Art. 10, § 2, leden 3 en 4 en § 2*bis* Orgaantransplantatiewet.

⁴⁵⁰⁹ Vgl. *supra* A.1.a. van deze paragraaf. Zie ook : T. VANSWEEVELT, “Art. 10 Orgaantransplantatiewet” in *Comm. Pers.*, 2007, currens, losbl., 5; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2010, 740; Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek betreffende bepaalde ethische aspecten van de wijzigingen door de wet van 25 februari 2007 aangebracht aan de wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, www.health.belgium.be, 46. Vgl. Sec. 6(4) Human Transplantation (Wales) Act 2013.

⁴⁵¹⁰ Art. M.C.1.c. Omzendbrief van 19 februari 1987, BS 21 februari 1987. Zie ook: *Vr. en Antw.* Kamer 1986-87, 21 april 1987, 2342 (*Vr. nr. 75 MAES*), waar deze richtlijn niet van toepassing werd geacht bij geestesziekte; *Vr. en Antw.* Kamer 1987-88, 14 april 1987, *Vr. nr. 62 BAUDSON*; B. VAN HAELEWIJCK, *Don d'organes. Don de tissus*, 2002, 26 en 27. Vgl. art. R1232-6 Franse Code de la santé publique (13 jaar). *Contra*: C. BERNARD-XEMARD, o.c., *Droit de la famille* 2012, www.lexisnexis.com, nr. 10, die een leeftijd van 16 jaar voorstelt omdat minderjarigen in Frankrijk pas vanaf dan geïnformeerd moeten worden over de donatiemogelijkheden; sec. 4(1)(A) UAGA 2006, waar wordt verwezen naar de leeftijd om een rijbewijs te kunnen verkrijgen, die soms op 14 jaar maar doorgaans pas op 16 jaar ligt (Comment bij sec. 2 UAGA 2006).

⁴⁵¹¹ J.-M. R. VAN BOL, o.c. in J. BAUGNIET en A. GENIN (eds.), *Répertoire notarial. Tome XIV. Droit Public et Administratif*, 2003, currens, 113 en T. VANSWEEVELT en N. BROECKX, “Art. 10 Orgaantransplantatiewet” in *Comm. Pers.*, 2013, currens, 5-6; S. TACK, “[commentaar bij de Orgaantransplantatiewet]” in D. FORNACIARI, T. GOFFIN en S. TACK (eds.), *Zorginstellingen in diverse takken van het recht*, Brussel, Larciér, 2013, (179) 192. Vgl. art. 9, lid 1 Nederlandse WOD (12 jaar). *Contra*: Vraag om uitleg van mevrouw Erika Thijs aan de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid over “de sensibiliseringscampagne voor orgaandonatie”, *Hand. Senaat* 2004-05, 17 februari 2005 (*Vr. nr. 3-549*).

⁴⁵¹² Art. M.C.1.c. Omzendbrief van 19 februari 1987, BS 21 februari 1987; P. SENAEEVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2004, nr. 511; T. VANSWEEVELT, “Art. 10 Orgaantransplantatiewet” in *Comm. Pers.*, 2007, currens, losbl., 5; T. VANSWEEVELT en N. BROECKX, “Art. 10 Orgaantransplantatiewet” in *Comm. Pers.*, 2013, currens, 6; Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, <http://www.health.belgium.be>, 38; C. LEMMENS, *Voorafgaande wilsverklaringen met betrekking tot het levenseinde*, 2013, 127.

⁴⁵¹³ Memorie van toelichting, *Parl. St. Senaat* 1984-1985, nr. 832-1. Vgl. M.J. SIEBELINK en J.H.H.M. DORSCHIEDT, “Postmortale orgaan- en weefseldonatie en de rechtspositie van het jonge kind”, *FJR* 2008, (52) 56-57, die op basis van art. 12 Kinderrechtenverdrag pleiten voor de afschaffing van de wettelijke leeftijdsgrens van 12 jaar in Nederland.

minderjarige zelf.⁴⁵¹⁴ Bijgevolg kan in geval van een wilsonbekwame minderjarige nooit een uitdrukkelijke toestemming worden uitgedrukt of geregistreerd.⁴⁵¹⁵

Uit artikel 10, § 2, lid 3 Orgaantransplantatiewet volgt daarentegen dat (de herroeping van) het verzet wél kan worden uitgedrukt of geregistreerd, niet door de wilsonbekwame minderjarige zelf, maar door één van de ouders die het gezag over de minderjarige uitoefent of door zijn voogd.⁴⁵¹⁶ Voor minderjarigen die wilsonbekwaam zijn wegens hun ‘geestestoestand’ zou dit ook kunnen worden afgeleid uit artikel 10, § 2, lid 4 Orgaantransplantatiewet,⁴⁵¹⁷ aangezien deze bepaling van toepassing is ongeacht de leeftijd.⁴⁵¹⁸ Het verzet zou dan kunnen worden uitgedrukt door de ‘wettelijke vertegenwoordiger’ van de minderjarige, wat wederom neerkomt op de ouders (met ouderlijk gezag) of de voogd. In die visie zou lid 4 gericht zijn op minderjarigen met een geestesziekte, terwijl lid 3 enkel de ‘normale onvolwassenheid’ viseert.⁴⁵¹⁹

964. Hoe dan ook is de vertegenwoordiging inzake de (herroeping van de) verzetsuiting enkel mogelijk voor zover de minderjarige nog *in leven* is.⁴⁵²⁰ Hieruit kan worden afgeleid dat de ouders/voogd het zelfbepalingsrecht van de minderjarige in zijn naam en voor zijn rekening uitoefenen.⁴⁵²¹ Ze moeten dus handelen volgens de *substituted judgment*-standaard⁴⁵²² of, indien de minderjarige nooit wilsbekwaam is geweest, volgens de *best interest*-standaard. Er kan *mutatis mutandis* verwezen worden naar de commentaar hierover bij de bespreking van wilsonbekwame meerderjarigen.

Een bijzonderheid betreft de mogelijkheid van tegenstrijdige meningen van de gezagdragende ouders. Volgens de Ministeriële Omzendbrief van 19 februari 1987 moet het verzet dan worden aangenomen.⁴⁵²³ Dit is een logisch gevolg van de huidige regeling. Krachtens artikel 10, § 2, lid 3 Orgaantransplantatiewet volstaat het immers dat één van de ouders verzet aantekent.⁴⁵²⁴ De andere ouder kan daartegen niet optreden door een uitdrukkelijke toestemming in naam van de minderjarige te uiten omdat de ouders krachtens artikel 10, § 2bis Orgaantransplantatiewet hiertoe onbevoegd zijn. Hij/zij kan echter nog wel het verzet herroepen.⁴⁵²⁵ Bij aanhoudend conflict kunnen de ouders zich in het belang van de

⁴⁵¹⁴ Vgl. *supra* A.2.a van deze paragraaf.

⁴⁵¹⁵ Zie ook art. 4, lid 2 KB Registratie; art. M.C.1.c. en M.C.2 Omzendbrief van 19 februari 1987, *BS* 21 februari 1987; N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nr. 105. *Contra*: H. NYS, *o.c.* in K. DIERICKX *et al.*, *Kinderen niet toegelaten? Ethisch verantwoord omgaan met kinderen in de geneeskunde*, Leuven, Davidsfonds Uitgeverij, 2010, (16) 22.

⁴⁵¹⁶ Zie ook art. 10, § 3 Orgaantransplantatiewet; art. 1, lid 2, art. 2, § 1, lid 2 en art. 3 KB Registratie. Oorspronkelijk bepaalde art. 10, § 2, leden 2 en 3 Orgaantransplantatiewet dat het verzet van de minderjarige kon worden uitgedrukt door “*de nabestaanden die met hem samenleven*”. Dit werd gewijzigd om deze bepaling in overeenstemming te brengen met art. 12 Wet Patiëntenrechten (art. 6 Wet van 25 februari 2007, *BS* 13 april 2007; Advies Raad van State, *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 51-2680/1, 21).

⁴⁵¹⁷ Zie *supra* A.2.b. van deze paragraaf.

⁴⁵¹⁸ H. De Page leidt uit het feit dat lid 4 geen onderscheid maakt naargelang de leeftijd, af dat de wetgever in lid 4 een apart vertegenwoordigingsregime wou instellen voor *alle* wilsonbekwamen wegens geestestoestand, ongeacht hun leeftijd: H. DE PAGE en J.-P. MASSON, *Traité*, II, 1990, 52, nr. 40 B, voetnoot 2. In dezelfde zin: *Vr. en Antw.* Kamer 1987-88, 21 april 1987, *Vr. nr. 75 MAES*; J.-M. R. VAN BOL, *o.c.* in J. BAUGNIET en A. GENIN (eds.), *Répertoire notarial. Tome XIV. Droit Public et Administratif*, 2003, currens, 115; L. GILLIEAUX, *o.c.*, *Rev. Rw.* 1988, (11) 14. Dit valt ook impliciet af te leiden uit art. 10, § 3bis, lid 2 Orgaantransplantatiewet, dat slechts in deze interpretatie zinvol is. Schijnbaar anders: G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2010, 740.

⁴⁵¹⁹ Anders zou lid 3 alle betekenis ontnomen worden, wat niet de bedoeling kan zijn.

⁴⁵²⁰ Art. 10, § 2, leden 3 en 4 Orgaantransplantatiewet; art. 3 KB Registratie.

⁴⁵²¹ Zie al *supra* A.2.b. van deze paragraaf.

⁴⁵²² In die zin: *Vr. en Antw.* Kamer 1987-88, 21 april 1987 (*Vr. nr. 75 MAES*).

⁴⁵²³ Art. M.C.3. Omzendbrief van 19 februari 1987, *BS* 21 februari 1987.

⁴⁵²⁴ T. VANSWEEVELT, “Art. 10 Orgaantransplantatiewet” in *Comm. Pers.*, 2007, currens, losbl., 5. *Contra*: J. VAN RAAK-KUIPER, *o.c.*, *FJR* 1998, (114) 116.

⁴⁵²⁵ Art. 3 en bijlage KB Registratie.

minderjarige tot de jeugdrechtbank wenden.⁴⁵²⁶ De jeugdrechter zou dan de één van de ouders wat betreft de verzetsuiting uit het ouderlijk gezag kunnen ontzetten.

2. Wilsbekwame minderjarigen

965. Anders dan voor wilsbekwame meerderjarigen moet voor wilsbekwame minderjarigen opnieuw een onderscheid worden gemaakt tussen de toestemmingsregeling en de verzetsregeling.

Krachtens artikel 10, § 2bis Orgaantransplantatiewet kan de wilsbekwame minderjarige zelf en zelfstandig (de herroeping van) zijn toestemming tot orgaanwegneming na overlijden uitdrukken en laten registreren.⁴⁵²⁷ Zoals *supra* gezegd, kan niemand anders dit in zijn plaats doen.

Krachtens artikel 10, § 2, lid 2 Orgaantransplantatiewet kan daarentegen (de herroeping van) het verzet zowel door de wilsbekwame minderjarige zelf, als door zijn ouders die het gezag over hem uitoefenen of zijn voogd worden uitgedrukt en geregistreerd.⁴⁵²⁸ Vanzelfsprekend rijst dan de vraag welke wilsuiting voorrang krijgt indien de ouders/voogd enerzijds en de wilsbekwame minderjarige anderzijds tegenstrijdige verklaringen afleggen.⁴⁵²⁹ Zoals bij wilsonbekwame minderjarigen kan de vertegenwoordiging door de ouders of de voogd enkel *tijdens het leven* van de wilsbekwame minderjarige gebeuren, waaruit volgt dat de ouders/voogd slechts het zelfbepalingsrecht van de minderjarige in zijn naam en voor zijn rekening uitoefenen.⁴⁵³⁰ Logischerwijze moet de wilsverklaring van de wilsbekwame minderjarige krachtens zijn zelfbepalingsrecht dan voorrang krijgen.⁴⁵³¹ Bij aanhoudend conflict kan men zich tot de jeugdrechter wenden, die in het belang van de minderjarige zal moeten oordelen.⁴⁵³² De wet zou op zijn minst in die zin gepreciseerd moeten worden. Beter zou zijn om de vertegenwoordiging door de ouders/voogd gewoonweg af te schaffen, aangezien er geen nood toe bestaat. De minderjarige is per hypothese immers *wilsbekwaam*. Volgens de Ministeriële Omzendbrief van 19 februari 1987 kunnen de ouders op grond van hun ouderlijk gezag (art. 372 e.v. BW) nog wel op verzoek kennis krijgen van de geregistreerde wilsverklaring van hun kind.⁴⁵³³ Volgens een Omzendbrief van 7 oktober 1992 kan dergelijke informatie echter enkel door de ouders/voogd verkregen worden indien ze aantonen dat deze

⁴⁵²⁶ Art. M.C.3. Omzendbrief van 19 februari 1987, BS 21 februari 1987.

⁴⁵²⁷ Zie ook art. 4 KB Registratie.

⁴⁵²⁸ Zie ook art. 10, § 3, lid 1 Orgaantransplantatiewet; art. 1, lid 2, art. 2, § 1, lid 2 en art. 3 KB Registratie.

⁴⁵²⁹ Twee conflictsituaties zijn denkbaar. Ofwel willen de ouders/voogd verzet aantekenen, terwijl de wilsbekwame minderjarige donor wil zijn. Ofwel wilt de wilsbekwame minderjarige zich verzetten, terwijl de ouders/voogd dit verzet willen herroepen. Zie reeds *supra* B.1. van deze paragraaf omtrent conflicten tussen de ouders onderling.

⁴⁵³⁰ Zie *supra* B.1. van deze paragraaf.

⁴⁵³¹ Zie ook : *Vr. en Antw.* Kamer 1986-87, 19 mei 1987, 2760 (Vr. nr. 92 MAES). T. VANSWEEVELT en N. BROECKX, “Art. 10 Orgaantransplantatiewet” in *Comm. Pers.*, 2013, currens, 5; B. SINDIC, o.c., *Ann. Dr. Louvain* 2002, (225) (zie ook 244) 255; P. SENAËVE, “Rechtspositie minderjarigen bij orgaantransplantatie”, *FJR* 1988, 183, die stelt dat de ouders slechts verzet kunnen uitdrukken indien de minderjarige zijn zelfbepalingsrecht nog niet heeft uitgeoefend; A. NOTTET, “Le mineur en droit médical” in G. GENICOT (ed.), *Nouveaux dialogues en droit médical*, 2012, (149) 194; C. LEMMENS, *Voorafgaande wilsverklaringen met betrekking tot het levenseinde*, 2013, 128; *Vr. en Antw.* Kamer 1987-88, 14 april 1987 (Vr. nr. 62 BAUDSON). J. VAN RAAK-KUIPER, o.c., *FJR* 1998, (114) 117. Vgl. Explanatory notes, Human Tissue Act 2004, <http://www.legislation.gov.uk>, nrs. 16-17; Human Tissue Authority Code of practice 2: donation of solid organs for transplantation (2014), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, nr. 117; Human Tissue Authority Code of practice 1: Consent (2009), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, nr. 90.

⁴⁵³² Art. M.C.2 Omzendbrief van 19 februari 1987, BS 21 februari 1987; T. VANSWEEVELT, “Art. 10 Orgaantransplantatiewet” in *Comm. Pers.*, 2007, currens, losbl., 5.

⁴⁵³³ Art. M.C.6 Omzendbrief van 19 februari 1987, BS 21 februari 1987. Zie ook: T. VANSWEEVELT, “Art. 10 Orgaantransplantatiewet” in *Comm. Pers.*, 5.; S. TACK, o.c. in D. FORNACIARI, T. GOFFIN en S. TACK (eds.), *Zorginstellingen in diverse takken van het recht*, 2013, (179) 192. *Vr. en Antw.* Kamer 1987-88, 14 april 1987 (Vr. nr. 62 BAUDSON); B. VAN HAELEWIJCK, “Orgaangift...Van de dood naar het leven...” in A. VAN ORSHOVEN en Y. EGBERT (eds.), o.c. en andere *voorafgaande wilsverklaringen*, Antwerpen, Garant, 2003, (153) 156, die het zelfs wenselijk acht dat de ouders worden verwittigd indien de minderjarige een verklaring aflegt.

informatie voor hen ‘onontbeerlijk’ is.⁴⁵³⁴ Op basis van artikel 7 Wet Verwerking Persoonsgegevens kan echter worden verdedigd dat deze informatie enkel kan worden vrijgegeven mits schriftelijke toestemming van de wilsbekwame minderjarige. Het is hoe dan ook wenselijk dat de regelgever helderheid schept omtrent het eventuele informatierecht van de ouders/voogd.

3. Tabula rasa-clausule

966. Overeenkomstig artikel 10, § 3*bis*, lid 1 Orgaantransplantatiewet heeft het geregistreerde verzet uitgedrukt in naam van de wilsbekwame of wilsonbekwame minderjarige geen gevolgen meer indien hij de meerderjarigheid heeft bereikt. Deze wettelijke annuleringsclausule laat m.a.w. iedere meerderjarige met een schone lei (*tabula rasa*) beginnen.

Deze clausule houdt verband met de mogelijkheid van de ouders of voogd om het verzet tegen orgaanwegname na overlijden te laten registreren in naam van hun minderjarig kind. Hierbij kan het gebeuren dat deze kinderen nooit weet hebben van het feit dat ze als donor zijn uitgesloten, zo stelde men vast. Nochtans kunnen ze desgevallend wel positief staan ten opzichte van orgaandonatie. Gelet op het orgaantekort moet men alle potentiële donoren identificeren.⁴⁵³⁵ De *tabula rasa*-clausule moet aldus toelaten om het zelfbepalingsrecht van de wilsbekwame persoon recht aan te doen en zo het aantal potentiële orgaandonoren te vergroten.⁴⁵³⁶

967. Op het moment van de inwerkingtreding van de *tabula rasa*-clausule zal de annulering van het verzet ook eenmalig plaatsvinden ten aanzien van de personen die dan al meerderjarig zijn.⁴⁵³⁷ De clausule zal echter pas in werking treden op een door de Koning te bepalen datum.⁴⁵³⁸ Tot op heden is deze datum nog niet bepaald. Eerst moet nog het noodzakelijke uitvoeringsbesluit worden uitgevaardigd.⁴⁵³⁹ Een meerderjarige zal dus voorlopig zelf het verzet uitgedrukt door zijn ouders voor zijn rekening moeten herroepen, indien gewenst.⁴⁵⁴⁰

De Koning moet onder meer bepalen hoe de betrokken persoon van de verzetsannulering in kennis wordt gesteld.⁴⁵⁴¹ De bedoeling van de wetgever is dat de donor bij deze kennisgeving wordt verzocht om een keuze te maken.⁴⁵⁴² Bij meerderjarigheid moet dus telkens een actieve herevaluatie van het eventuele donorschap plaatsvinden.⁴⁵⁴³ De *tabula rasa*-clausule is evenwel niet van toepassing op het verzet dat is uitgedrukt in naam van de persoon die overeenkomstig artikel 10, § 2, lid 4 Orgaantransplantatiewet wegens zijn geestestoestand niet in staat was zijn

⁴⁵³⁴ Art. 110terM1, Omzendbrief 7 oktober 1992 betreffende het houden van de bevolkingsregisters en het vreemdelingenregister, *BS* 14 oktober 1992.

⁴⁵³⁵ Verslag CHEVALIER, *Parl. St. Kamer* 2005-06, nr. 51-1837/4, 3.

⁴⁵³⁶ Memorie van toelichting bij wetsvoorstel van 7 juni 2005 tot wijziging van de wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, *Parl. St. Kamer* 2004-05, nr. 51-1837/1, 3; Verslag CHEVALIER, *Parl. St. Kamer* 2005-06, nr. 1837/004, 5 en 6; T. VANSWEEVELT, “Art. 10 Orgaantransplantatiewet” in *Comm. Pers.*, 2007, currens, losbl., 4; M. COOPMAN, *o.c.*, *Jura Falc.* 2007-08, (383) 388.

⁴⁵³⁷ Art. 10, § 3*bis*, lid 4 Orgaantransplantatiewet.

⁴⁵³⁸ Art. 29 wet van 3 juli 2012, *BS* 24 augustus 2012.

⁴⁵³⁹ Zie art. 10, § 3*bis*, lid 1 *in fine* Orgaantransplantatiewet.

⁴⁵⁴⁰ H. NYS, L. BODDEZ en E. VANERMEN, *Overzicht van het gezondheidsrecht in 2012, 2013 en 2014*, Mechelen, Kluwer, 2015, 155.

⁴⁵⁴¹ Art. 10, § 3*bis*, lid 2 Orgaantransplantatiewet.

⁴⁵⁴² Men wenste dit echter niet als zodanig in de wet te vermelden om te vermijden dat de Koning persoonlijk zou gehouden zijn de burgers uit te nodigen tot het maken van dergelijke keuze (Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2011-12, nr. 53-2158/1, 33). Zie daarentegen wel de vorige versie van art. 10, § 3*bis*, lid 1 *in fine* Orgaantransplantatiewet. Vgl. ook: wetsvoorstel van 25 oktober 2011 tot wijziging van de wet van 13 juni 1986 over het wegnemen en transplanteren van organen om kandidaat-bestuurders hun wil te laten uitdrukken op de aanvraag om een rijbewijs, *Parl. St. Kamer* 2011-2012, nr. 53-1843/1.

⁴⁵⁴³ Verslag CHEVALIER, *Parl. St. Kamer* 2005-06, nr. 51-1837/4, 5.

wil te doen kennen.⁴⁵⁴⁴ De wetgever gaat er blijkbaar van uit dat deze personen ook na hun meerderjarigheid wilsonbekwaam zullen blijven, zodat het verzet ter bescherming moet blijven gelden.

968. De huidige *tabula rasa*-clausule vervangt een gelijkaardige annuleringsregeling. Deze laatste is nooit in werking getreden omdat ze stelde dat niet enkel het verzet, maar ook de instemming zou vervallen bij het bereiken van de meerderjarigheid.⁴⁵⁴⁵ Dit was een schending van het zelfbepalingsrecht van de wilsbekwame minderjarige, die alleen zelf de toestemming tot orgaanwegname na overlijden kan laten registreren.⁴⁵⁴⁶ Aangezien de vorige versie hierdoor nooit in werking kon treden, wenste de wetgever dit aldus te verhelpen door te voorzien in een aangepaste bepaling.⁴⁵⁴⁷

Maar ook de nieuwe versie bevat een probleem. De wilsbekwame minderjarige kan zelf en zelfstandig zijn verzet laten registreren.⁴⁵⁴⁸ De huidige tekst van de *tabula rasa*-clausule maakt echter dat ook dit verzet automatisch geannuleerd zal worden.⁴⁵⁴⁹ Dit is een schending van het zelfbepalingsrecht van de wilsbekwame minderjarige. Wederom is dus een aanpassing van de *tabula rasa*-clausule nodig.

§ 3. OPNAME IN HET CENTRAAL REGISTER

969. De registratie van de donatieverklaring impliceert de opname ervan in een centraal nationaal register. Deze databank heet *Orgadon*⁴⁵⁵⁰ en wordt beheerd door de FOD Volksgezondheid.⁴⁵⁵¹ Hierna wordt onderzocht wat juist de meerwaarde van de opname in dit register is (m.a.w. het doel: *infra* A) en hoe deze meerwaarde concreet wordt nagestreefd (m.a.w. het middel: *infra* B).

⁴⁵⁴⁴ Art. 10, § 3bis, lid Orgaantransplantatiewet.

⁴⁵⁴⁵ Zie reeds: wetsvoorstel van 8 oktober 2010 tot wijziging van de wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, *Parl. St. Kamer* 2010, nr. 53-0336/1 en het verwijzend verslag (nr. 53-0336/2) hierbij. Memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot wijziging van de wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, *Parl. St. Kamer* 2007-08, nr. 52-1070/1, 4.

⁴⁵⁴⁶ Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2010-11, nr. 53-336/1; Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2007-08, nr. 52-1070/1; A.-C. SQUIFFLET, o.c., *Ann. Dr. Louvain* 2011, (357) 391.

⁴⁵⁴⁷ Art. 30 wet van 3 juli 2012; Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2011-12, nr. 53-2158/1, 32; Advies van de Raad van State, *Parl. St. Kamer* 2011-12, nr. 53-2158/1, 65.

⁴⁵⁴⁸ Art. 10, § 2, lid 2 Orgaantransplantatiewet.

⁴⁵⁴⁹ Art. 10, § 3bis, lid 1 Orgaantransplantatiewet stelt immers dat het “verzet tegen de wegneming, geregistreerd (...) op vraag van de krachtens dit artikel bevoegde personen (...)” geen gevolgen heeft “indien de in § 2, tweede en derde lid, bedoelde persoon” meerderjarig wordt. Art. 10, § 2, lid 2 Orgaantransplantatiewet verleent de verzetsbevoegdheid niet enkel aan zijn ouders of voogd, maar ook aan de minderjarige zelf.

⁴⁵⁵⁰ Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2014-15, nr. 54-1161/1, 73; P. HOSTE, “Ontwikkeling van een zorgpad heart-beating orgaandonatie in het AZ Sint-Lucas Gent”, Scriptie 2011-2012, www.scriptiebank.be, 11; *Vr. en Antw. Kamer* 2006-07, 1 juni 2006, (Vr. nr. 771 S. NEEL).

⁴⁵⁵¹ Art. 2, § 2 KB Registratie; KB van 30 oktober 1986 houdende verplichting voor de gemeentebesturen de gegevens vermeld in artikel 10, § 3, a) en § 4, 3°, van de wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, te verstrekken aan het Ministerie van Volksgezondheid en van het Gezin, via de diensten van het Rijksregister van de natuurlijke personen, *BS* 14 februari 1987; advies van de Minister van Sociale Zaken en de Staatssecretaris van Volksgezondheid bij KB van 30 oktober 1986 waarbij sommige overheden van het Ministerie van Volksgezondheid en van het Gezin worden gemachtigd het identificatienummer van het Rijksregister van de natuurlijke personen te gebruiken, voor de toepassing van de wetgeving betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, *BS* 14 februari 1987 (zie evenwel voor de huidige basis voor het gebruik van het Rijksregisternummer: art. 16, 1° Wet van 8 augustus 1983 tot regeling van een Rijksregister van de natuurlijke personen, *BS* 21 april 1984); art. M.B.2.c. Omzendbrief van 19 februari 1987, *BS* 21 februari 1987; Advies nr. 86/050 van 27 augustus 1986 van de privacycommissie bij het KB van 30 oktober 1986 waarbij sommige overheden van het Ministerie van Volksgezondheid en van het Gezin worden gemachtigd het identificatienummer van het Rijksregister van de natuurlijke personen te gebruiken, www.privacycommission.be; *Vr. en Antw. Kamer* 1987-88, 14 april 1987, (Vr. nr. 62 BAUDSON). T. VANSWEEVELT, “Art. 10 Orgaantransplantatiewet” in *Comm. Pers.*, 2007, *currents*, losbl., 6. I. BOONE, o.c., *TPR* 1996, (91) 121. B. VAN HAELEWIJCK, *Don d'organes. Don de tissus*, Brussel, Kluwer, 2002, 146.

A. Doel

970. Volgens het huidige Belgische recht is de wil van de donor bepalend voor de geoorloofdheid van orgaanwegname na overlijden.⁴⁵⁵² Dit veronderstelt dat deze wil kenbaar is ten aanzien van de wegnemende arts. Vaak zal de donor evenwel zijn wil niet meer kunnen uiten wanneer de vraag naar orgaanwegname rijst.⁴⁵⁵³ De wil moet dan via een ander informatiekanaal achterhaald worden. Opdat de wegneming kan worden uitgevoerd alvorens de organen wegens o.a. ischemie ongeschikt worden voor transplantatie moet dit informatiekanaal een snelle en duidelijke kenbaarheid verzekeren. Door de donatieverklaring centraal te bewaren in een register dat permanent⁴⁵⁵⁴ toegankelijk is, kan deze kenbaarheid worden bereikt.⁴⁵⁵⁵ Zo draagt het centrale register bij tot waarborging van het zelfbepalingsrecht en uiteindelijk ook de vergroting van het orgaanaanbod.⁴⁵⁵⁶ Het nut van dergelijk register wordt dan ook algemeen erkend.⁴⁵⁵⁷

971. Het volstaat evenwel niet dat de wil van de donor kenbaar is. Het respect voor het zelfbepalingsrecht van de donor vereist ook dat effectieve kennis van deze wil wordt nagestreefd. De inrichting van een donatieregister moet dus gepaard gaan met een verplichting tot consultatie van dit register. In België kan deze consultatieplicht impliciet worden afgeleid uit artikel 10, § 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet en artikel 10, § 2, 2° KB Transplantatiecentra.⁴⁵⁵⁸ Bij betwisting draagt de arts de bewijslast: hij moet bewijzen dat het register werd geconsulteerd.⁴⁵⁵⁹ Deontologisch wordt de verplichting tot consultatie van het register expliciet aanvaard.⁴⁵⁶⁰ Ook in de buitenlandse wetgeving wordt deze consultatieplicht

⁴⁵⁵² Zie uitvoerig *supra* Hoofdstuk II, Afd. 2, § 1, B en Afd. 3, § 1 van dit Deel.

⁴⁵⁵³ In sommige gevallen van *non-heart-beating* donatie zal de donor nog wel in leven zijn en zijn wil kunnen uiten.

⁴⁵⁵⁴ G. VAN BEEUMEN, "Orgaandonatie: juridische en organisatorische aspecten", *Orpadt forum*, jaargang 1, 2.

⁴⁵⁵⁵ Memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, 22.358, nr. 3, 6; art. 10, leden 2 en 3 WOD; D.Y.A. VAN MEERSBERGEN, o.c. in G.R.J. DE GROOT, T.A.M. VAN DEN ENDE, L.E. KALKMAN-BOGERD en J.J.M. LINDERS (eds.), *Gezondheidsrecht*, 2013, (1481) 1501 en 1502; BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, *Building on Progress*, 2012, www.bma.org.uk/ethics, 41; Comment bij sec. 20 UAGA 2006. C. LEMMENS, *Voorafgaande wilsverklaringen met betrekking tot het levenseinde*, 2013, 124.

⁴⁵⁵⁶ W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 220 en 228 en 233 en 264. Zie ook de aanhef van KB Registratie, waar gesteld wordt dat de registratieprocedure eerbied voor eenieders overtuiging probeert te verenigen met efficiëntie bij het wegnemen en transplanteren van organen na de dood.

⁴⁵⁵⁷ Recommendation Rec(2003)12 of 19 June 2003 of the Committee of Ministers to member states on organ donor registers, <http://www.coe.int>, appendix nrs. 1-2 en 7; Principe 2.c. Verklaring van Istanbul; art. L1232-1, lid 2 en R1232-5 e.v. Code de la santé publique; art. 10 WOD en Besluit donorregister; sec. 5(b) en 20 UAGA 2006; Human Tissue Authority Code of practice 2: donation of solid organs for transplantation (2014), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, nr. 124; D. PRICE, o.c., *Med. L. Rev.* 2003, (1) 40.

⁴⁵⁵⁸ Zie daarnaast ook: art. 10, § 4, 1° en 2° *a contrario* en art. 17, § 3, lid 2 Orgaantransplantatiewet; advies van 14 juli 1986 van de Minister van Sociale Zaken en de Staatssecretaris van Volksgezondheid bij KB van 30 oktober 1986 waarbij sommige overheden van het Ministerie van Volksgezondheid en van het Gezin worden gemachtigd het identificatienummer van het Rijksregister van de natuurlijke personen te gebruiken, voor de toepassing van de wetgeving betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, *BS* 14 februari 1987, waar hiervoor naar artikel 10, § 1 Orgaantransplantatiewet werd verwezen; H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 2005, 430; H. NYS en G. VAN BEEUMEN, o.c. in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (38) 40. Zie *infra* Afd. 2, § 1, C van dit Hoofdstuk uitvoeriger over de consultatieplicht en *infra* Hoofdstuk V, Afd. 2, § 2, B.2.b. van dit Deel over het tijdstip van deze consultatie.

⁴⁵⁵⁹ A. BELHOUS, "Prélèvement et transplantation d'organes à travers la législation marocaine et la législation belge", *Con. M.* 2008, (27) 35; Verslag MINET, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 832/2, 34. Zie ook: P. MICHIELSEN, "Presumed consent to organ donation: 10 years' experience in Belgium", *J. R. Soc. Med.* 1996, vol. 89, (663) 663, die voorstelt om na consultatie van het register een *print-out* in het patiëntendossier van de donor te bewaren.

⁴⁵⁶⁰ Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 11 april 1987 betreffende orgaantransplantatie, <http://www.ordomedic.be>; Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 20 juni 1987 betreffende orgaantransplantatie, <http://www.ordomedic.be>.

expliciet gesteld.⁴⁵⁶¹ De Belgische wetgever zou beter ook overgaan tot een wettelijke explicitering van deze verplichting.

972. De geregistreerde donatieverklaring mag weliswaar niet té gemakkelijk bekend kunnen geraken. Kennis van anderen over het feit dat men verzet heeft aangetekend, zou immers tot sociale stigmatisering kunnen leiden.⁴⁵⁶² Voorafgaande kennis van gezondheidspersoneel over toestemming zou dan weer tot (een schijn van) minder doorgedreven zorg voor deze potentiële donoren kunnen leiden. Het betreft kortom delicate informatie die een zekere informatiebeveiliging vereist.⁴⁵⁶³

De Privacycommissie heeft aldus terecht de donatieverklaring gekwalificeerd als een persoonsgegeven dat de gezondheid betreft, zodat de verwerking⁴⁵⁶⁴ ervan overeenkomstig artikel 7 Wet Verwerking Persoonsgegevens in principe verboden is, tenzij de verwerking noodzakelijk is met het oog op orgaanwegneming⁴⁵⁶⁵ en indien ze gebeurt onder toezicht van een verantwoordelijke arts.⁴⁵⁶⁶ In de praktijk is de toegang tot het donorregister beperkt tot transplantatiecentra, waar dit meer bepaald de taak van het transplantatiecoördinatieteam is.⁴⁵⁶⁷

⁴⁵⁶¹ Frankrijk: art. R1232-10 Code de la santé publique. Verenigde Staten: sec. 14(a) UAGA 2006. Zie ook Verenigd Koninkrijk: Human Tissue Authority Code of practice 2: donation of solid organs for transplantation (2014), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, nr. 100 en appendix B1.5.

⁴⁵⁶² ORGAN DONATION TASKFORCE, *The potential impact of an opt out system for organ donation in the UK*, 2008, www.odt.nhs.uk, 19.

⁴⁵⁶³ Advies van 14 juli 1986 van de Minister van Sociale Zaken en de Staatssecretaris van Volksgezondheid bij KB van 30 oktober 1986 waarbij sommige overheden van het Ministerie van Volksgezondheid en van het Gezin worden gemachtigd het identificatienummer van het Rijksregister van de natuurlijke personen te gebruiken, voor de toepassing van de wetgeving betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, BS 14 februari 1987; Advies nr. 86/050 van 27 augustus 1986 van de privacycommissie bij het KB van 30 oktober 1986 waarbij sommige overheden van het Ministerie van Volksgezondheid en van het Gezin worden gemachtigd het identificatienummer van het Rijksregister van de natuurlijke personen te gebruiken, www.privacycommission.be. Vgl. Art. R1232-13, lid 1 Code de la santé publique; N. NEFUSSY-LEROY, *Organes humains*, 1999, 71.

⁴⁵⁶⁴ Art. 1, § 2 Wet verwerking persoonsgegevens begrijpt onder 'verwerking': "elke bewerking of elk geheel van bewerkingen met betrekking tot persoonsgegevens, al dan niet uitgevoerd met behulp van geautomatiseerde procédés, zoals het verzamelen, vastleggen, ordenen, bewaren, bijwerken, wijzigen, opvragen, raadplegen, gebruiken, verstrekken door middel van doorzending, verspreiden of op enigerlei andere wijze ter beschikking stellen, samenbrengen, met elkaar in verband brengen, alsmede het afschermen, uitwissen of vernietigen van persoonsgegevens." Zowel de opname in, als de consultatie van het donorregister zijn bijgevolg als een verwerking te beschouwen.

⁴⁵⁶⁵ Dit kan worden uitgelegd als een toepassing van art. 7, § 2, j) Wet Verwerking Persoonsgegevens: "wanneer de verwerking noodzakelijk is voor (...) het beheer van de gezondheidsdiensten handelend in het belang van de betrokkene en de gegevens worden verwerkt onder het toezicht van een beroepsbeoefenaar in de gezondheidszorg."

⁴⁵⁶⁶ Advies nr. 13 van 7 september 2005 van de Commissie voor de Bescherming van de Persoonlijke Levenssfeer met betrekking tot 3 wetsvoorstellen tot wijziging van de wet van 19 juli 1991 betreffende de bevolkingsregisters en de identiteitskaarten en tot wijziging van de wet van 8 augustus 1983 tot regeling van een Rijksregister van natuurlijke personen ten einde registraties inzake orgaandonaties en bloedgroep op te nemen op de elektronische identiteitskaart en om toegang tot een medische databank mogelijk te maken, www.privacycommission.be.

⁴⁵⁶⁷ Art. 10, § 2, 2° KB Transplantatiecentra; Advies van 14 juli 1986 van de Minister van Sociale Zaken en de Staatssecretaris van Volksgezondheid bij KB van 30 oktober 1986 waarbij sommige overheden van het Ministerie van Volksgezondheid en van het Gezin worden gemachtigd het identificatienummer van het Rijksregister van de natuurlijke personen te gebruiken, voor de toepassing van de wetgeving betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, BS 14 februari 1987; Advies nr. 86/050 van 27 augustus 1986 van de privacycommissie bij het KB van 30 oktober 1986 waarbij sommige overheden van het Ministerie van Volksgezondheid en van het Gezin worden gemachtigd het identificatienummer van het Rijksregister van de natuurlijke personen te gebruiken, www.privacycommission.be. Zie ook: *Vr. en Antw.* Kamer 1991-92, Vr. nr. 35 VANHORENBEEK. *Vr. en Antw.* Kamer 2008-09, 27 augustus 2008, (Vr. nr. 324 J.-L. CRUCKE); *Vr. en Antw.* Kamer 2009-10, 15 december 2009, (Vr. nr. 39 R. DEFREYNE); *Vr. en Antw.* Kamer 1986-87, 20 januari 1987, 843 (Vr. nr. 30 CAUDRON); T. VANSWEEVELT, "Art. 10 Orgaantransplantatiewet" in *Comm. Pers.*, 2007, currens, losbl., 6; *Vr. en Antw.* Senaat 1990-91, 2064 (Vr. nr. 50 MAXIMUS); S. OSCHINSKY en Y. OSCHINSKY, o.c., JT 1987, (169) 171; G. VAN BEEUMEN, o.c., *Orpadt forum*, jaargang 1, nr. 2, 2. H. NYS, "Belgium" in R. BLANPAIN en M. COLUCCI (eds.), *International Encyclopaedia of Laws. Volume 1: Medical Law*, Deventer, Kluwer, losbl., 161; J. MATTHIJS, "Interview met Luc Colenbie, transplantcoördinator aan het UZ Gent", www.demaakbaremens.org. H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 2005, 430; Verslag BROTCHE en TEMMERMAN, *Parl. St.* Senaat 2010-11, nr. 5-666/3, 48; H. NYS, *Recht en bio-ethiek. Wegwijs voor mensen in de gezondheidszorg*, Leuven, LannooCampus, 2010, 142; P. HOSTE, "Ontwikkeling van een zorgpad heart-beating orgaandonatie in het AZ Sint-Lucas Gent", *Scriptie* 2011-2012, www.scriptiebank.be, 11; Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1161/1, 73; W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 266; N. VAN GELDER, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1263) 1289.

Dit zou evenwel duidelijker bij wet of bij KB bepaald moeten worden.⁴⁵⁶⁸ Voor deze verwerking van persoonsgegevens moet het transplantatiecentrum een beroepsbeoefenaar van een gezondheidszorgberoep die deel uitmaakt van het centrum, aanwijzen als verantwoordelijke in de zin van de Wet Verwerking Persoonsgegevens.⁴⁵⁶⁹ Deze verantwoordelijke is onder meer belast met de opmaak van een nominatieve lijst van de personen aan wie de toegang tot deze gezondheidsgegevens is toegestaan en de ondertekening door deze personen van een verbintenis van vertrouwelijkheid.⁴⁵⁷⁰

B. Middel

973. De opname in het centraal register kan op verschillende manieren worden nagestreefd. Hierna komen aan bod: het vrijblijvende keuze-systeem (*infra* 1) en het gevraagde keuze-systeem (*infra* 2).

1. Het huidige vrijblijvende keuze-systeem

974. De geldende Belgische regelgeving voorziet in wat een vrijblijvende keuze-systeem kan worden genoemd. Dit houdt in dat de registratie volledig vrijblijvend is, alsook dat de potentiële declaranten niet automatisch worden verzocht om een keuze te maken. Zoals gezegd, bestaat het doel van de opname in het register uit het bevorderen van de kenbaarheid van de wil van potentiële donoren, ter waarborging van hun zelfbepalingsrecht en van het orgaanaanbod. De doelmatigheid van het huidige vrijblijvende keuze-systeem veronderstelt dus een goede toegankelijkheid (*infra* a), maar ook volwaardigheid van de geregistreerde wil (*infra* b).

a. Toegankelijkheid

975. In een vrijblijvende keuze-systeem is een laagdrempelige toegang tot het register van groot belang. Een te hoge drempel zou immers maar weinig personen ertoe brengen om een donatieverklaring kenbaar te maken. De registratie moet m.a.w. zo gemakkelijk mogelijk worden gemaakt.⁴⁵⁷¹

976. In het huidige registratiesysteem kan de opname in het centraal register enkel gebeuren door het registratieformulier in te dienen via het gemeentebestuur van de woonplaats.⁴⁵⁷² De registratie kan dus al wel relatief dicht bij huis en via een (zelfs té) eenvoudig formulier⁴⁵⁷³ gebeuren, wat drempelverlagend kan werken. De gemeenteambtenaar is verplicht om op gestandaardiseerde wijze de donatieverklaring te registreren in een informatiebestand en er

⁴⁵⁶⁸ De bevoegdheid van de Koning hiertoe werd reeds voorzien in art. 10, § 3, lid 2, b) Orgaantransplantatiewet. Zie ook: H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 2005, 430, die stelt dat dit nog niet werd geregeld.

⁴⁵⁶⁹ Art. 10/21, lid 1 en 2 KB Transplantatiecentra.

⁴⁵⁷⁰ Daarnaast is hij/zij ook belast met het preciseren van modaliteiten voor de schriftelijke werkprocedures die de bescherming van de gegevens betreffende de gezondheid bepalen en die de verwerking ervan beperken tot een verwerking conform het beoogde doeleinde, alsook het op punt stellen van organisatorische en technische maatregelen die verzekeren dat enkel aan de gemachtigde personen toegang wordt verschaft tot de gegevens (art. 10/21, lid 3 KB Transplantatiecentra).

⁴⁵⁷¹ BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, *Organ donation in the 21st century*, London, BMA, 2000, 10. Zie ook: Recommendation Rec(2003)12 of 19 June 2003 of the Committee of Ministers to member states on organ donor registers, <http://www.coe.int>, appendix nr. 5; Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité over het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake kwaliteits- en veiligheidsnormen voor menselijke organen, bestemd voor transplantatie, *Pb. C.* 16 december 2009, afl. 306, 65, punt 3.5.

⁴⁵⁷² Art. 1, art. 2, § 1 en art. 4, lid 2 KB Registratie.

⁴⁵⁷³ Zie *supra* § 1 van deze Afdeling voor kritiek op dit formulier.

melding van te maken in het bevolkingsregister.⁴⁵⁷⁴ Deze gegevensregistratie en het registratieformulier moeten vervolgens onverwijld worden overgemaakt aan de databank van de FOD Volksgezondheid.⁴⁵⁷⁵ Vroeger moest dit gebeuren via de diensten van het Rijksregister,⁴⁵⁷⁶ omdat het Rijksregister in 1987 de enige databank was die over een rechtstreeks communicatienetwerk met de gemeenten beschikte. Dit is vandaag niet meer het geval. Met het oog op het vermijden dat de wilsverklaring tweemaal zou worden geregistreerd werd de wet derhalve aangepast opdat de Koning in de toekomst de registratieprocedure buiten het Rijksregister om kan organiseren.⁴⁵⁷⁷ Na registratie moet de declarant een transcript of ontvangstbevestiging van de geregistreerde gegevens op papier krijgen.⁴⁵⁷⁸ Dit laat de declarant toe om zijn verklaring te verifiëren.⁴⁵⁷⁹ Deze transparantie draagt wederom bij tot de toegankelijkheid. De hele registratieprocedure is kosteloos,⁴⁵⁸⁰ wat eveneens een belangrijke drempelverlagende factor is. Specifiek voor de verzetsregistratie geldt bovendien een bijkomende kenbaarheidsbescherming, doordat het opzettelijk verhinderen van de kenbaarheid ervan door de gemeenteambtenaren (bv. door vervalsing of vernietiging van het registratieformulier of de computeringave) strafbaar wordt gesteld.⁴⁵⁸¹

977. Ondanks verschillende drempelverlagende elementen is het aantal registraties onder het huidige vrijblijvende keuze-systeem relatief beperkt gebleven. Minder dan 4% van de totale Belgische bevolking heeft een donatieverklaring laten registreren.⁴⁵⁸² Hiervoor kunnen hoofdzakelijk twee redenen worden gevonden.

De ene reden is van praktische aard.⁴⁵⁸³ Zo kan het zijn dat potentiële declaranten geen tijd⁴⁵⁸⁴ of zin hebben om zich naar het gemeentehuis te begeven en hier het formulier te

⁴⁵⁷⁴ De bevolkingsregisters worden in elke gemeente gehouden ter inschrijving van de Belgen en bepaalde vreemdelingen die in de desbetreffende gemeente hun hoofdverblijfplaats hebben. Ze bevatten onder meer identificatiegegevens, alsook de donatieverklaring. Zie: art. 1 en 2 Wet van 19 juli 1991 betreffende de bevolkingsregisters, de identiteitskaarten, de vreemdelingenkaarten en de verblijfsdocumenten en tot wijziging van de wet van 8 augustus 1986 tot regeling van een Rijksregister van de natuurlijke personen, *BS* 3 september 1991; art. 1, 22° KB van 16 juli 1992 tot vaststelling van de informatie die opgenomen wordt in de bevolkingsregisters en in het vreemdelingenregister, *BS* 15 augustus 1993; art. 35M1, art. 55M1, § 3, 44^{ste} streepje en art. 110terM1 Omzendbrief van 7 oktober 1992 betreffende het houden van de bevolkingsregisters en het vreemdelingenregister, *BS* 15 oktober 1992.

⁴⁵⁷⁵ Art. 10, § 3, lid 2, a) Orgaantransplantatiewet; art. 2, § 2 en art. 4, lid 2 KB Registratie; art. 1 KB van 30 oktober 1986 houdende verplichting voor de gemeentebesturen de gegevens vermeld in artikel 10, § 3, a) en § 4, 3°, van de wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, te verstrekken aan het Ministerie van Volksgezondheid en van het Gezin, via de diensten van het Rijksregister van de natuurlijke personen, *BS* 14 februari 1987 (zie evenwel voor de huidige basis: art. 16, 12° voornoemde wet van 8 augustus 1983, *BS* 21 april 1984). De minister van Volksgezondheid moet bepalen hoe dit moet gebeuren (art. 2, § 4 KB Registratie). Zie hiervoor: art. M.B.2. Omzendbrief van 19 februari 1987, *BS* 21 februari 1987.

⁴⁵⁷⁶ Dit is het systeem voor de verwerking van informatie betreffende de identificatie van natuurlijke personen die ingeschreven zijn in de bevolkingsregisters, de vreemdelingenregisters, de diplomatieke en consulaire registers en het wachtregister en dat onder meer beschikbaar is voor de gemeenten. Zie: art. 1 en 2 Wet van 8 augustus 1983 tot regeling van een Rijksregister van de natuurlijke personen, *BS* 21 april 1984 en haar wijzigingswetten. Op basis van art. 5 van deze wet werd de toegang tot het Rijksregister geregeld bij KB van 30 oktober 1986 waarbij aan sommige overheden van het Ministerie van Volksgezondheid en van het Gezin toegang wordt verleend tot het Rijksregister van de natuurlijke personen, voor de toepassing van de wetgeving betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, *BS* 14 februari 1987.

⁴⁵⁷⁷ Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2014-15, nr. 54-1161/1, 73; Verslag DEDRY, *Parl. St. Kamer* 2014-15, nr. 54-1161/4, 38. Meer bepaald werd de verwijzing naar de diensten van het Rijksregister in art. 10, § 3, lid 2, a) Orgaantransplantatiewet geschrapt door art. 100 Wet van 17 juli 2015 houdende diverse bepalingen inzake gezondheid, *BS* 17 augustus 2015.

⁴⁵⁷⁸ Art. 2, § 3 en art. 4, lid 2 KB Registratie. Ook hier moet de minister van Volksgezondheid bepalen hoe dit moet gebeuren (art. 2, § 4 KB Registratie). Zie: art. M.B.2. Omzendbrief van 19 februari 1987, *BS* 21 februari 1987.

⁴⁵⁷⁹ Vgl. Memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, 22.358, nr. 3, 19. De mogelijkheid tot verificatie wordt zelfs vereist in: WMA Statement on Human Organ Donation and Transplantation (S-2000-01-2006); WMA Council Resolution on Organ Donation in China (CR-2006-02-2006).

⁴⁵⁸⁰ <http://www.beldonor.be>. Zie ook: Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220-9, 18.

⁴⁵⁸¹ Art. 17, § 3, lid 2 Orgaantransplantatiewet. Zie uitgebreider hierover *infra* Afd. 2, § 1, C.5. van dit Hoofdstuk.

⁴⁵⁸² Zie *supra* § 1, A.2. van deze Afdeling.

⁴⁵⁸³ *Vr. en antw.* Kamer 2009-10, 15 december 2009, (Vr. nr. 39 R. DEFREYNE). *Vr. en antw.* Kamer 2003-04, 5 mei 2004, (Vr. nr. 175 J.-L. CRUCKE). Vraag nr. 217 Y. AVONTROODT van 9 juni 2004, *T. Gez.* 2005-06, 73; *Vr. en antw.* Kamer 1999-00, 28 december 1999, (Vr. nr. 46 Y. LETERME).

⁴⁵⁸⁴ M. COOPMAN, o.c., *Jura Falc.* 2007-08, (383) 417; Verslag namens de commissie voor de volksgezondheid en het leefmilieu uitgebracht door mevr. Hanquet bij het wetsontwerp betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, *Parl. St. Senaat* 1984-

bemachtigen, in te vullen en in te dienen, dan wel het thuis gedownloade en reeds ingevulde formulier in te dienen. Toegegeven, het gemeentehuis zal wegens een associatie met administratieve rompslomp, beperkte openingsuren of lange wachttijden niet steeds de meest aantrekkelijke plek zijn. Er moet dus uitgekeken worden naar meer toegankelijke alternatieven zonder aan de privacybescherming afbreuk te doen. Een mogelijk alternatief betreft de registratie via de huisarts die hiervoor bv. het *eHealth*-platform zou kunnen gebruiken.⁴⁵⁸⁵ De vertrouwensrelatie tussen arts en patiënt kan immers drempelverlagend werken.⁴⁵⁸⁶ Zowel de Koninklijke Academie voor Geneeskunde van België, als de Nationale Raad voor de Orde van Geneesheren achtten dit alvast een bespreekbaar idee.⁴⁵⁸⁷ Niet iedereen zal echter zo vaak naar de huisarts gaan en als men ziek is, zal orgaandonatie wellicht niet steeds de eerste bezorgdheid zijn. Een (nog) interessanter alternatief is m.i. dan ook om naar het voorbeeld van Amerika⁴⁵⁸⁸ en Nederland⁴⁵⁸⁹ te voorzien in een ‘elektronische donatieverklaring’, die te allen tijde van thuis uit via internet met de elektronische identiteitskaart kan worden geregistreerd.⁴⁵⁹⁰ Zo is in België de elektronische belastingsaangifte reeds mogelijk én succesvol,⁴⁵⁹¹ zodat een elektronische donatieverklaring toch ook moet kunnen.

De andere reden voor het beperkt aantal registraties is van meer fundamentele aard. Zo kan het zijn dat vele potentiële declaranten gewoonweg niet aan orgaandonatie (willen) denken omdat ze bv. onvoldoende op de hoogte zijn,⁴⁵⁹² niet met de eigen sterfelijkheid geconfronteerd

85, nr. 832-2, 6. T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 36.

⁴⁵⁸⁵ Verslag HANQUET, *Parl. St. Senaat* 1984-85, nr. 832/2, 4-5 en 21; Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220-9, 4; A. DE KOEKELAERE, “Geneeskunde, bio-ethiek en recht”, *RW* 1993-94, (481) 494; Advies nr. 13 van 7 september 2005 van de Commissie voor de Bescherming van de Persoonlijke Levenssfeer met betrekking tot 3 wetsvoorstellen tot wijziging van de wet van 19 juli 1991 betreffende de bevolkingsregisters en de identiteitskaarten en tot wijziging van de wet van 8 augustus 1983 tot regeling van een Rijksregister van natuurlijke personen ten einde registraties inzake orgaandonaties en bloedgroep op te nemen op de elektronische identiteitskaart en om toegang tot een medische databank mogelijk te maken, www.privacycommission.be; Wetsvoorstel van 10 februari 2011 tot wijziging van de wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, wat betreft het gebruik van het e-Health-platform voor het registreren van orgaandonatie, *Parl. St. Kamer* 2010-2011, nr. 53-1201/1; wetsvoorstel van 21 maart 2012 tot wijziging van de wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen tot invoering van de donorkaart in afwachting van de volledige digitalisering van het donorschap via de e-ID, *Parl. St. Senaat* 2011-2012, nr. 5-1544/1; Verslag BROTCCHI en TEMMERMAN, *Parl. St. Senaat* 2010-11, nr. 5-666/3, 5; verslag BURGEON, *Parl. St. Kamer* 2011-12, nr. 2158/2, 9. Vgl. ook: J.K. MASON, o.c. in S.A.M. MCLEAN (ed.), *Contemporary Issues in Law, Medicine and Ethics*, Aldershot, Dartmouth, 1996, (117) 124.

⁴⁵⁸⁶ Advies van 12 september 2011 over de draagwijdte en de visie die ten grondslag liggen aan de wetsvoorstellen nr. 5-666, 5-667, 5-897, 5-922 en 5-1024 over orgaandonatie, die in de Senaat worden besproken, *Jaarboek en Verslagen van de Koninklijke Academie voor Geneeskunde van België* 2011, 73. Zie ook: Verslag BROTCCHI en TEMMERMAN, *Parl. St. Senaat* 2010-11, nr. 5-666/3, 10.

⁴⁵⁸⁷ Advies van 12 september 2011 over de draagwijdte en de visie die ten grondslag liggen aan de wetsvoorstellen nr. 5-666, 5-667, 5-897, 5-922 en 5-1024 over orgaandonatie, die in de Senaat worden besproken, *Jaarboek en Verslagen van de Koninklijke Academie voor Geneeskunde van België* 2011, 73 (voor zover de kostprijs hiervan zou worden geëvalueerd, de gemeentelijke weg blijft bestaan en de registraties in eenzelfde databank terechtkomen); Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 17 september 2011 betreffende de wetsvoorstellen tot wijziging van de wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, www.ordomedic.be (voor zover dit eenvoudig kan, er bijkomende opleidingen voor huisartsen worden voorzien, het initiatief van de patiënt moet blijven uitgaan en de registraties in eenzelfde databank terechtkomen).

⁴⁵⁸⁸ Comment bij sec. 2(6) UAGA 2006; A.K. GLAZIER, o.c. in A.-M. FARRELL, D. PRICE en M. QUIGLEY (eds.), *Organ shortage*, 2011, (195) 204.

⁴⁵⁸⁹ Zie: www.donorregister.nl.

⁴⁵⁹⁰ Dit werd al gesuggereerd in Verslag BROTCCHI en TEMMERMAN, *Parl. St. Senaat* 2010-11, nr. 5-666/3, 47-48, waar een voorafgaande studie hierover nodig werd geacht. Vgl. ook Recommendation Rec(2003)12 of 19 June 2003 of the Committee of Ministers to member states on organ donor registers, <http://www.coe.int>, appendix nr. 7; European Parliament resolution of 19 May 2010 in the Commission Communication: Action plan on Organ Donation and Transplantation (2009-2015): Strengthened Cooperation between Member States (2009/2104(INI)), <http://www.europarl.europa.eu>, nrs. 3, 21 en 24. (litt U); HOUSE OF LORDS EUROPEAN UNION COMMITTEE, *Increasing the supply of donor organs within the European Union. Vol. I: Report*, 2008, www.publications.parliament.uk, 54. Zie daarnaast ook de mogelijkheid om de registratie per post te volbrengen: art. R1231-1, lid 2 *Franse Code de la santé publique*.

⁴⁵⁹¹ Zie: www.taxonweb.be, waar melding wordt gemaakt van al 3.000.000 gebruikers.

⁴⁵⁹² Vraag om uitleg van mevr. Vera Jans tot de heer Steven Vanackere, Vlaams minister van Welzijn, Volksgezondheid en Gezin, over sensibilisering rond orgaandonatie, *Hand. VI. Parl.* 2007-08, 27 mei 2008, 13.

willen worden⁴⁵⁹³ of deze beslissing te moeilijk vinden.⁴⁵⁹⁴ Dit zou kunnen worden verholpen met het voeren van permanente sensibiliseringscampagnes.⁴⁵⁹⁵ Zo heeft de Beldonor-campagne inderdaad al gezorgd voor een sterke stijging van het aantal donatieverklaringen.⁴⁵⁹⁶ Het betreft evenwel slechts een geleidelijke stijging gedurende 10 jaar (2005-2015), die zoals gezegd nog maar een beperkt percentage van de bevolking tot registratie heeft bewogen.

b. Controle van de volwaardige wil

978. Het verwezenlijken van een groot aantal registraties heeft pas betekenis indien de geregistreerde wil ook telkens volwaardig is. Hiermee wordt bedoeld dat de wilsuiting in beginsel een wilsbekwaam, vrij, geïnformeerd en oordeelkundig karakter moet vertonen.⁴⁵⁹⁷ De opname in het register moet dus niet enkel gemakkelijk zijn, maar gaat bij voorkeur ook gepaard met een zekere controle op het volwaardige karakter van de wil.⁴⁵⁹⁸ Deze preventieve controle dient evenwel niet zo grondig te zijn als de controle bij orgaanwegneming bij leven, aangezien de gevolgen van orgaanwegneming na overlijden aanzienlijk minder verregaand zijn.

979. In het huidige vrijblijvende keuze-systeem heeft de gemeenteambtenaar die de registratieaanvraag verwerkt, slechts een zeer beperkte controletaak. Overeenkomstig de ministeriële omzendbrief van 19 februari 1987 gaat het vooral om een identiteitscontrole, wat de voorlegging van de nodige identiteitsdocumenten en desgevallende bewijsstukken van vertegenwoordiging vereist.⁴⁵⁹⁹ Om deze reden zal de registratie dus niet zonder meer kunnen plaatsvinden via afgifte van het registratieformulier door iemand anders dan de declarant (bv. een vzw).⁴⁶⁰⁰ Bij ontvangst via een derde zullen de gemeentediensten dan alsnog de declarant moeten contacteren om de toerekenbaarheid van de wil te verifiëren.⁴⁶⁰¹ Hierbij moet ook worden opgemerkt dat het aanbieden van valse of vervalste verklaringen strafbaar kan zijn overeenkomstig artikel 17, § 3, lid 2 Orgaantransplantatiewet.⁴⁶⁰²

Daarnaast zal de gemeenteambtenaar in geval van een minderjarige die zelf zijn wil wenst te registreren, ook de wilsbekwaamheid moeten inschatten.⁴⁶⁰³ Dit is evenwel niet steeds een eenvoudige opgave, aangezien dit niet eigen is aan de gewoonlijke taken van een

⁴⁵⁹³ Vgl. J.F. CHILDRESS, "Ethical Criteria for Procuring and Distributing Organs for Transplantation" in J.F. BLUMSTEIN en F.A. SLOAN (eds.), *Organ transplantation policy: issues and prospects*, Durham, Duke University Press, 1989, (87) 91; A.C. MACDONALD, "Organ donation: the time has come to refocus the ethical spotlight", *Stan. L. & Pol'y Rev.* 1997, (177) 180; T.R. JENSEN, "Organ procurement: various legal systems and their effectiveness", *Hous. J. Int'l L.* 2000, (555) 575-576; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 113.

⁴⁵⁹⁴ Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220-9, 11 en 15; Memorie van toelichting, *Parl. St. Senaat* 1984-1985, nr. 832-1; M. COOPMAN, o.c., *Jura Falc.* 2007-08, (383) 417; Verslag HANQUET, *Parl. St. Senaat* 1984-85, nr. 832-2, 6. T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 36; P. COLEMAN, o.c., *Val. U. L. Rev.* 1996, (1) 7-8. S. OSCHINSKY en Y. OSCHINSKY, o.c., *JT* 1987, (169) 171.

⁴⁵⁹⁵ Zie ook: "Vereenvoudiging registratie moet aantal orgaandonoren verdubbelen tot 200.000", *De Morgen* 22 maart 2011, 13; ORGAN DONATION TASKFORCE, *The potential impact of an opt out system for organ donation in the UK*, 2008, www.odt.nhs.uk, 20-21.

⁴⁵⁹⁶ Zie *supra* § 1, A.2. van deze Afdeling.

⁴⁵⁹⁷ Cf. *supra* Hoofdstuk II, Afd. 2, § 1, B.2. van dit Deel.

⁴⁵⁹⁸ Vgl. Toelichting bij het wetsvoorstel betreffende het wegnemen van organen post mortem (Ch. Cornet D'Elzuijs), *Parl. St. Kamer* 1968-1969, nr. 248, 200, waar werd gesteld dat de formaliteiten rekening moeten houden met de waarachtigheid van de wil.

⁴⁵⁹⁹ Art. M.B.1. Omzendbrief van 19 februari 1987, *BS* 21 februari 1987.

⁴⁶⁰⁰ Uit inlichtingen blijkt bv. dat de vzw *Re-born to be alive* (www.reborn-tobealive.be) op evenementen mensen sensibiliseert omtrent orgaandonatie en ook registratieformulieren ter beschikking stelt. De ingevulde formulieren brengt de vzw vervolgens zelf naar de gemeentediensten.

⁴⁶⁰¹ Zie ook: A. VANDEWIELE, o.c., *T. Not.* 2008, (521) 531.

⁴⁶⁰² Zie uitvoeriger *infra* Afd. 2, § 1, C.5 van dit Hoofdstuk.

⁴⁶⁰³ Art. M.C.1.c. Omzendbrief van 19 februari 1987, *BS* 21 februari 1987.

gemeenteambtenaar. In de praktijk blijken de gemeentediensten soms onterecht toch nog de vertegenwoordiging door de ouders te vereisen.⁴⁶⁰⁴

Omtrent het geïnformeerd karakter⁴⁶⁰⁵ werd daarentegen niets uitdrukkelijk bepaald, ofschoon dit m.i. toch het meest betwijfeld kan worden wegens de gespecialiseerde aard van orgaanwegneming en -transplantatie. De gemeenteambtenaren zijn wellicht niet het best geplaatst om de medisch getinte informatie te verstrekken. De gemeentehuizen kunnen natuurlijk wel andere officiële informatiebronnen ter beschikking stellen, hoewel ze dit vooralsnog niet wettelijk verplicht zijn. Maar dan nog zijn de bestaande informatiebrochures, alsook de website van de Beldonor-campagne qua inhoud voor enige verbetering vatbaar.⁴⁶⁰⁶ *Supra* werd al verdedigd om de nodige informatie rechtstreeks op het registratieformulier te vermelden.⁴⁶⁰⁷

980. Naast de gemeentelijke registratiewijze werden eerder twee alternatieve registratiekanalen voorgesteld: de huisarts (via *eHealth*) en de elektronische donatieverklaring. Op het vlak van toegankelijkheid werden ze reeds beter dan de gemeentelijke registratie bevonden. Hoe is nu de verhouding op het vlak van volwaardigheid van de wil?

Registratie via de huisarts biedt een goede garantie dat de wilsbekwaamheid adequaat wordt ingeschat,⁴⁶⁰⁸ nu dit aansluit bij zijn gewoonlijke taakinhoud. Bovendien zal de huisarts wegens zijn kennis van de patiënt en van de geneeskunde beter dan de gemeenteambtenaar in staat zijn om vragen omtrent orgaandonatie te beantwoorden, zodat verzetsuitingen wegens misverstanden beter vermijdbaar zijn.⁴⁶⁰⁹ De Koninklijke Academie voor Geneeskunde van België en de Nationale Raad van de Orde van Geneesheren achtten daarvoor wel een bijkomende opleiding voor huisartsen wenselijk.⁴⁶¹⁰ Bijgevolg kan worden gesteld dat de registratie via de huisarts zowel qua toegankelijkheid, als qua volwaardigheid van de wil superieur is aan de gemeentelijke registratiewijze.

De elektronische donatieverklaring laat wegens gebrek aan contact met een beroepsbeoefenaar niet dezelfde controle toe als de registratie via de huisarts.⁴⁶¹¹ Toch kan via de elektronische identiteitskaart een belangrijke parameter voor wilsbekwaamheid worden worden gecontroleerd, nl. de leeftijd. Voor meerderjarigen geldt dan sowieso een vermoeden van wilsbekwaamheid.⁴⁶¹² Voor minderjarigen geldt dat ze pas vanaf 12 jaar over een elektronische identiteitskaart beschikken.⁴⁶¹³ Op deze leeftijd zal men doorgaans wilsbekwaam

⁴⁶⁰⁴ B. SINDIC, o.c., *Ann. Dr. Louvain* 2002, (225) 255; B. VAN HAELEWICK, *Don d'organes. Don de tissues*, 2002, 27.

⁴⁶⁰⁵ Zie over de omvang van dit vereiste *supra* Hoofdstuk II, Afd. 2, § 1, B.2. van dit Deel.

⁴⁶⁰⁶ Zo bevat de beknopte brochure “Kan jij een stukje missen?” geen info over de niet-geregistreerde wilsuiting, over de voorbereidende handelingen, over de doodsdiagnose, over welke organen kunnen worden weggenomen of over de gevolgen voor de familie. De brochure “Als mijn leven stopt, kan een ander verder...”, alsook de Beldonor-website bevatten terecht uitgebreidere informatie, maar missen nog steeds info over de niet-geregistreerde wilsuiting of over de voorbereidende handelingen. Bovendien wordt vermeld dat enkel edele organen worden weggenomen, wat misleidend is.

⁴⁶⁰⁷ *Supra* § 1, C.3. van deze Afdeling.

⁴⁶⁰⁸ Vgl. C. LEMMENS, *Voorafgaande wilsverklaringen met betrekking tot het levenseinde*, 2013, nr. 219.

⁴⁶⁰⁹ Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 17 september 2011 betreffende de wetsvoorstellen tot wijziging van de wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, www.ordomedic.be; Verslag BROTCCHI en TEMMERMAN, *Parl. St. Senaat* 2010-11, nr. 5-666/3, 5, 11, 25, 28 en 31.

⁴⁶¹⁰ Advies van 12 september 2011 over de draagwijdte en de visie die ten grondslag liggen aan de wetsvoorstellen nr. 5-666, 5-667, 5-897, 5-922 en 5-1024 over orgaandonatie, die in de Senaat worden besproken, *Jaarboek en Verslagen van de Koninklijke Academie voor Geneeskunde van België* 2011, 73; Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 17 september 2011 betreffende de wetsvoorstellen tot wijziging van de wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, www.ordomedic.be. Zie ook al: Verslag BROTCCHI en TEMMERMAN, *Parl. St. Senaat* 2010-11, nr. 5-666/3, 11, 26, 28 en 31.

⁴⁶¹¹ Zie reeds de bezorgdheid omtrent registratie door patiënten die niet over hun verstandelijke vermogens beschikken: Verslag BROTCCHI en TEMMERMAN, *Parl. St. Senaat* 2010-11, nr. 5-666/3, 48.

⁴⁶¹² Zie *supra* § 2. A.1.a. van deze Afdeling.

⁴⁶¹³ Art. 2 KB van 25 maart 2003 betreffende de identiteitskaarten, *BS* 28 maart 2003.

zijn. Deze wilsbekwaamheid kan deels ook worden afgeleid uit het feit dat de declarant voldoende intelligent is om te begrijpen hoe de elektronische verklaring werkt. De nodige informatie kan daarbij verstrekt worden via doorverwijzing naar een zorgvuldige opgestelde informatiepagina⁴⁶¹⁴ of, beter nog, door de informatie te incorporeren in het elektronische registratieformulier. De declarant kan dan van thuis uit alles rustig nalezen en overdenken, wat niet zo evident is in een gemeentehuis. Bijgevolg kan worden gesteld dat ook de elektronische donatieverklaring voordeliger lijkt dan de gemeentelijke registratiewijze, vooral omwille van de grotere toegankelijkheid.

2. Naar een gevraagde keuze-systeem?

981. Uit de voorgaande analyse is gebleken dat het huidige vrijblijvende keuze-systeem qua doelmatigheid voor verbetering vatbaar is. Het bieden van een bijkomende registratiemogelijkheid via de huisarts en/of via het internet van thuis uit kan hiertoe dienstig zijn. Weliswaar zal het vrijblijvende keuze-systeem zelfs na dergelijke verbeteringen wellicht nog steeds niet alle potentiële declaranten aansporen tot registratie van hun wil. De vraag rijst dus of de vrijblijvendheid niet beter wordt omgewisseld voor een gevraagde keuze-systeem. In dit systeem is de registratie op zich nog steeds vrijblijvend, maar zullen de potentiële declaranten wel actief voor de keuze worden geplaatst (*prompted choice*).⁴⁶¹⁵ Dit zou de registratie nog gemakkelijker maken en bovendien sensibiliserend kunnen werken.⁴⁶¹⁶ Hieronder zal nader worden nagegaan hoe dergelijk systeem de registratie via de gemeente, de registratie via de arts en de registratie van thuis uit kunnen beïnvloeden.

982. In het raam van de gemeentelijke registratiewijze zou de vraag naar registratie van de wil inzake orgaandonatie gekoppeld kunnen worden aan formaliteiten die de tussenkomst van de gemeentediensten vereisen. In de Verenigde Staten bevatten de formulieren voor de aanvraag van een rijbewijs zo reeds de mogelijkheid om zich via het *Department of Motor Vehicles* als donor te laten registreren.⁴⁶¹⁷ Weliswaar kan de registratiemogelijkheid beter gekoppeld worden aan een verplichte formaliteit in plaats van aan de rijbewijsaanvraag, om zo een groter doelpubliek te bereiken.⁴⁶¹⁸ Een interessanter voorstel betreft dus de koppeling aan de aanvraag van de elektronische identiteitskaart (eID).⁴⁶¹⁹ Hieromtrent werd al een succesvolle *testcase* in Limburg gerapporteerd.⁴⁶²⁰ Weliswaar blijft hierbij een minpunt bestaan. De

⁴⁶¹⁴ Vgl. A. GARWOOD-GOWERS, *o.c.*, *EJHL* 2013, (383) 391.

⁴⁶¹⁵ NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS, *Human bodies*, 2011, 104; BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, *Building on Progress*, 2012, www.bma.org.uk/ethics, 421-43. Andere benamingen zijn *mandated request*, *required request/response* (R.M. VEATCH en J.B. PITT, "The Myth of Presumed Consent: Ethical Problems in New Organ Procurement Strategies", *Transpl. Proc.* 1995, (1888) 1891), *routine inquiry* (R.M. VEATCH, "Routine inquiry about organ donation – An alternative to presumed consent", *NEJM* 1991, (1246) 1248-1249; X., "Organ Donation and Transplantation" in S. SANBAR *et al.* (eds.), *Legal Medicine*, St. Louis, Mosby, 2004 (6^{de} ed.), (271) 274) of de zachte variant van het *mandated choice*-systeem (J.G. AUGUST, "Modern models of organ donation: challenging increases of federal power to save lives", *Hastings Const. L.Q.* 2013, (393) 402 e.v.).

⁴⁶¹⁶ Vgl. J. HERRING, *Medical law and ethics*, 2006, 378; Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220-9, 10.

⁴⁶¹⁷ A.K. GLAZIER, *o.c.* in A.-M. FARRELL, D. PRICE en M. QUIGLEY (eds.), *Organ shortage*, 2011, (195) 204. Zie bv. ook: J.E.M. AKVELD, *Transplantatie en wetgeving*, 1987, 22; R.M. VEATCH en J.B. PITT, *o.c.*, *Transpl. Proc.* 1995, (1888) 1891; J. HERRING, *Medical law and ethics*, 2006, 378.

⁴⁶¹⁸ Zie ook: J.M. DENNIS *et al.*, "An Evaluation Of The Ethics Of Presumed Consent And A Proposal Based On Required Response", 1993, <http://optn.transplant.hrsa.gov> (met verwijzing naar het belastingssysteem en het socialezekerheidssysteem); P. CHOUHAN en H. DRAPER, "Modified mandated choice for organ procurement", *J. Med. Ethics* 2003, (157) 158 en 161; H. COTTER, *o.c.*, *Health Matrix* 2011, (599) 620, 621-622.

⁴⁶¹⁹ *Vr. en Antw.* Kamer 2003-04, 5 mei 2004, (Vr. nr. 175 J.-L. CRUCKE). Verslag MIGUEL, *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 51-1837/4, 3; "Elke burger moet verplicht antwoorden of hij donor is of niet", *De Standaard* 18 februari 2005, 6. Zie daarnaast: P. COLEMAN, *o.c.*, *Val. U. L. Rev.* 1996, (1) 40-41, die denkt aan een koppeling aan de geboorteaangifte, waarbij de ouders dan kiezen.

⁴⁶²⁰ *Vr. en Antw.* Senaat 2010-11, 30 maart 2011, (Vr. nr. 5-1935 G. DE PADT).

koppeling aan dergelijke formaliteiten in de soms vluchtige en drukke omgeving van een gemeentehuis, waar bovendien niet de beste informatie over orgaandonatie beschikbaar is, zal niet in alle gevallen bevorderlijk zijn voor de volwaardigheid van de wil.⁴⁶²¹

983. In Frankrijk zijn artsen reeds wettelijk verplicht om te verzekeren dat al hun patiënten tussen 16 en 25 jaar voldoende geïnformeerd zijn over orgaandonatie en om hen zo nodig de juiste informatie te verschaffen.⁴⁶²² In het raam van de eerder voorgestelde registratie via de arts zou men nog een stapje verder kunnen gaan dan loutere sensibilisering en de arts hen ook nadrukkelijk doen vragen om hun wil te laten registreren.⁴⁶²³ Het blijkt evenwel erg gevoelig te liggen om de vraag inzake orgaanwegneming na overlijden ter sprake te moeten brengen bij een patiënt die bij de arts komt om genezen te worden.⁴⁶²⁴ De patiënt zou hierdoor wantrouwig kunnen worden (want de arts weet misschien iets over een mogelijk fatale ziekte) of zou zelfs druk kunnen ervaren terwijl hij op dat moment vooral zijn eigen gezondheid aan het hoofd heeft.⁴⁶²⁵ Uit vrees voor een toename van het aantal verzetsregistraties stelde de Nationale Raad van de Orde van Geneesheren dan ook dat artsen enkel op spontane vraag van de patiënt zouden mogen tussenkomen inzake donatieverklaringen.⁴⁶²⁶

984. In Nederland wordt iedere ingezetene een donorformulier toegezonden wanneer hij/zij de leeftijd van 18 jaar bereikt en nadien jaarlijks, voor zover hij/zij nog geen wilsverklaring heeft laten registreren, met de oproep om zijn/haar wil per post of via internet te registreren.⁴⁶²⁷ Kiezen is niet verplicht.⁴⁶²⁸ Wel wordt registratie vergemakkelijkt en wordt orgaandonatie een maximale bekendheid gegeven,⁴⁶²⁹ wat de sensibilisering ten goede komt. Hoewel telkens minder dan de helft van de aangeschrevenen reageren, had in 2014 ruim 30% van de Nederlanders een donatieverklaring laten registreren, waarvan ongeveer de helft positief.⁴⁶³⁰ Het Nederlandse systeem levert dus betere resultaten op qua registratie dan het huidige

⁴⁶²¹ Vgl. H. COTTER, o.c., *Health Matrix* 2011, (599) 620; A.K. GLAZIER, o.c. in A.-M. FARRELL, D. PRICE en M. QUIGLEY (eds.), *Organ shortage*, 2011, (195) 204; S. FRY-REVERE, T. REHER en M. RAY, "Death: A New Legal Perspective", *J. Contemp. Health L. & Pol'y* 2010-11, (1) 57; S.A.M. MCLEAN, *Autonomy, consent and the law*, Londen, Routledge-Cavendish, 2010, 190.

⁴⁶²² Art. L1211-3, lid 3 en R1211-50 Code de la santé publique. Men wenst zo een donatiecultuur bij jongeren te creëren omdat zij doorgaans de beste donoren zijn. Zie: B. LEGROS, *Le droit de la mort dans les établissements de santé*, Bordeaux, Études hospitalières, 2008, 129.

⁴⁶²³ BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, *Organ donation in the 21st century*, Londen, BMA, 2000, 10; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 157. Vgl. R.M. VEATCH, o.c., *NEJM* 1991, (1246) 1248.

⁴⁶²⁴ Samengevoegde vragen van mevr. Karin Jiroflée over "de ethische bezwaren bij orgaandonatie" (nr. 3240) en van mevr. Valerie Van Peel over "de wachtlijsten voor een donororgaan" (nr. 3324), *Hand. Kamer* 2014-15, CRIV 54 COM 158, 16. Zie ook: Verslag BROTCCHI en TEMMERMAN, *Parl. St. Senaat* 2010-11, nr. 5-666/3, 29, waar zelfs een averechts effect mogelijk werd geacht.

⁴⁶²⁵ Vgl. J.F. CHILDRESS, o.c. in J.F. BLUMSTEIN en F.A. SLOAN (eds.), *Organ transplantation policy*, 1989, (87) 93; J.K. MASON, "Contemporary Issues in Organ Transplantation" in S.A.M. MCLEAN (ed.), *Contemporary Issues in Law, Medicine and Ethics*, Aldershot, Dartmouth, 1996, (117) 124; A.K. GLAZIER, "The Brain Dead Patient Was Kept Alive" and Other Disturbing Misconceptions: A Call for Amendments to the Uniform Anatomical Gift Act", *Kan. J.L. & Pub. Pol'y* 2000, (640) 649-650; BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, *Organ donation in the 21st century*, Londen, BMA, 2000, 10; G. ANNAS, *The rights of patients*, New York, New York University Press, 2004 (3^{de} ed.), 323; X., "Organ Donation and Transplantation" in S. SANBAR *et al.* (eds.), *Legal Medicine*, St. Louis, Mosby, 2004 (6^{de} ed.), (271) 274; W. BAGINSKI, "Hastening Death: Dying, Dignity and the Organ Shortage Gap", *Am. J.L. & Med.* 2009, (562) 569.

⁴⁶²⁶ Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 17 september 2011 betreffende de wetsvoorstellen tot wijziging van de wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, www.ordomedic.be. Zie ook: Verslag BROTCCHI en TEMMERMAN, *Parl. St. Senaat* 2010-11, nr. 5-666/3, 35.

⁴⁶²⁷ Art. 10, leden 1 en 4 WOD; art. 2 en 3 Besluit Donorregister; www.donorregister.nl (organisatie). Zie daarvoor al: J. KNOTTENBELT, "Transplantatie en toestemming", *WPNR* 1970, (241) 250; W.R. VROOM-KASTELEIN, "Toestemming voor orgaandonatie: geen bezwaar?", *TvGR* 1986, (154) 162; J.E.M. AKVELD, *Transplantatie en wetgeving*, 1987, 129-130 en 137; W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 215, 219, 235 en 303. Zie evenwel: J. VAN RAAK-KUIPER, o.c., *FJR* 1998, (114) 117, die meent dat het formulier al vanaf 16 jaar zou moeten worden opgestuurd.

⁴⁶²⁸ D.Y.A. VAN MEERSBERGEN, o.c. in G.R.J. DE GROOT, T.A.M. VAN DEN ENDE, L.E. KALKMAN-BOGERD en J.J.M. LINDERS (eds.), *Gezondheidsrecht*, 2013, (1481) 1504.

⁴⁶²⁹ Memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, 22.358, nr. 3, 6 en 18.

⁴⁶³⁰ Zie: www.donorregister.nl (organisatie > cijfers).

vrijblijvende keuze-systeem in België. In het raam van de eerder voorgestelde ‘elektronische donatieverklaring’ zou dus best het Nederlandse voorbeeld gevolgd worden door iedere potentiële declarant een registratieformulier met de nodige informatie⁴⁶³¹ en met verwijzing naar de desbetreffende website te zenden. Het gaat als het ware om een permanente én individuele sensibiliseringscampagne.⁴⁶³² In feite sluit dit aan bij de bedoeling van de *tabula rasa*-regeling (art. 10, § 3bis Orgaantransplantatiewet),⁴⁶³³ waarbij de vraag om een keuze te maken evenwel nog beperkt is tot gevallen van verzetsregistratie vóór de meerderjarigheid. Uiteraard moet de kostprijs van een veralgemeend gevraagde keuze-systeem voor België nog wel eerst afgewogen.⁴⁶³⁴

§ 4. VOORSTEL TOT VERBETERING VAN HET REGISTRATIESYSTEEM

985. Over het Belgische systeem van geregistreerde donatieverklaringen wordt wel eens gezegd dat het relatief eenvoudig is en geen grote praktische problemen kent.⁴⁶³⁵ Niettemin heeft de voorgaande analyse aangetoond dat dit systeem juridisch gezien voor verbetering vatbaar is.

Wat betreft de *inhoud* van de geregistreerde donatieverklaring moet uit respect voor het zelfbepalingsrecht worden afgestapt van het alles-of-niets-systeem. De declarant moet zijn wilsverklaring kunnen differentiëren qua lichaamsmateriaal en qua gebruiksoogmerk. Bovendien moeten ook rekening worden gehouden met andere verklaringen dan de eigenlijke donatiekeuze, zoals de delegatie van beslissingsbevoegdheid aan een naaste of de informatiebevestiging. Bijgevolg moet het registratieformulier vervat in KB Registratie in die zin worden aangepast.

Wat betreft de *hoedanigheid van declarant* moet worden vastgesteld dat artikel 10 Orgaantransplantatiewet verschillende vragen oproept. Met het oog op verheldering en coherentie is een herziening van deze bepaling (en het bijhorende KB Registratie) aangewezen. Specifiek voor wilsonbekwame meerderjarige donoren moet de verwijzing naar de ‘geestestoestand’ worden verduidelijkt, dan wel worden weggelaten en is een verwijzing naar de vertegenwoordiger in de zin van de Wet Patiëntenrechten wenselijk. Specifiek voor wilsbekwame minderjarige donoren moet de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de ouders en voogd geschrapt worden en moet ook de *tabula rasa*-clausule aangepast worden. In het algemeen moet het onderscheid tussen toestemming en verzet worden afgeschaft. Bovendien kan de beperking van de vertegenwoordiging tot de periode waarin de wilsonbekwame donor in leven is, geschrapt worden om vervolgens een volwaardig subsidiair beslisrecht aan de naasten te geven.

Wat betreft de *opname in het register* moet de verplichting tot voorafgaande consultatie van het register expliciet in de wet worden omschreven. Bovendien moet worden aangenomen dat het vrijblijvende keuze-systeem met enkel de gemeentelijke registratiewijze uit 1986 niet

⁴⁶³¹ Zie ook al : W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 219-220; I. BOONE, o.c., TPR 1996, (91) 128; C. TROUET, *Van lichaam naar lichaamsmateriaal*, 2003, 123.

⁴⁶³² Cf. met name het belang van dergelijke sensibilisering ter rechtvaardiging van het systeem van vermoede toestemming: *infra* Hoofdstuk IV, Afd. 2, § 2, B van dit Deel.

⁴⁶³³ Zie *supra* § 2, B.3. van deze Afdeling.

⁴⁶³⁴ Vgl. W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 255-256; H. COTTER, o.c., *Health Matrix* 2011, (599) 613-615; BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, *Building on Progress*, 2012, www.bma.org.uk/ethics, 45.

⁴⁶³⁵ *Vr. en Antw.* Kamer 2001-02, 1 oktober 2001, (Vr. nr. 357 Y. AVONTROODT); *Vr. en antw.* Senaat 2009-10, 20 januari 2010, Vr. nr. 4-6542 L. IDE; Advies van 12 september 2011 over de draagwijdte en de visie die ten grondslag liggen aan de wetsvoorstellen nr. 5-666, 5-667, 5-897, 5-922 en 5-1024 over orgaandonatie, die in de Senaat worden besproken, *Jaarboek en Verslagen van de Koninklijke Academie voor Geneeskunde van België* 2011, 73.

(meer) het meest doeltreffende of enige mogelijke systeem is. Binnen het vrijblijvende keuze-model kan een uitbreiding tot registratie via de huisarts of via internet van thuis uit (de ‘elektronische donatieverklaring’) wellicht meer registraties opleveren. Voor de gemeentelijke registratiewijze en de elektronische donatieverklaring zou zelfs kunnen worden overgestapt naar een gevraagde keuze-systeem geïnspireerd op het Nederlandse model. Weliswaar moet de kostprijs hiervan nog wel eerst worden afgewogen tegen de mogelijke baten.

Afdeling 2. De niet-geregistreerde donatieverklaring

986. Samen met de erkenning van het zelfbepalingsrecht van eenieder inzake de bestemming van zijn lijk stelde het Hof van Cassatie in zijn befaamde *Libert*-arrest dat “*pour être obligatoire, la volonté du défunt ne doit pas se traduire expressément en une forme déterminée, mais qu’elle peut s’induire d’indices de toutes sortes dont l’appréciation est abandonnée à la prudence du juge*”.⁴⁶³⁶ In principe geldt voor de geldige uitoefening van dit zelfbepalingsrecht dus de vormvrijheid.⁴⁶³⁷ Voor beslissingen inzake orgaanwegneming na overlijden is dit niet anders. De Orgaantransplantatiewet laat ook niet-geregistreerde donatieverklaringen toe.⁴⁶³⁸ Hoewel de voorkeur uitging naar een geregistreerde donatieverklaring,⁴⁶³⁹ wenste de Belgische wetgever immers geen beperkingen omtrent de vorm van de wilsuiting op te leggen.⁴⁶⁴⁰ De wetgever beoogt zo klaarblijkelijk het zelfbepalingsrecht ten volle te laten spelen.⁴⁶⁴¹ Verschillende vormen zijn denkbaar, maar in tegenstelling tot de registratiewijze zijn hierover geen exacte cijfergegevens beschikbaar. Hierna zullen eerst de gemeenschappelijke regels voor niet-geregistreerde donatieverklaringen worden onderzocht (§ 1), om vervolgens enkele specifieke vormen van naderbij te bekijken (§ 2). Dit zal uitmonden in een beleidsaanbeveling (§ 3).

§ 1. GEMEENSCHAPPELIJKE REGELS

987. In het algemeen zijn drie aspecten van belang voor niet-geregistreerde wilsverklaringen: hun inhoud (*infra* A), de declarant (*infra* B) en de verplichting van de orgaanwegnemende arts om anderen te consulteren over het bestaan van dergelijke verklaringen (*infra* C).

A. Inhoud

1. Vrijheid

988. Artikel 10, § 4, 1° Orgaantransplantatiewet bevestigt onmiskenbaar dat het *verzet* tegen orgaanwegneming na overlijden rechtsgeldig als niet-geregistreerde donatieverklaring kan worden uitgedrukt.⁴⁶⁴² Verder verhindert artikel 10, § 2*bis* en § 3*ter* Orgaantransplantatiewet geenszins dat ook de *toestemming* tot orgaanwegneming rechtsgeldig als niet-geregistreerde

⁴⁶³⁶ Cass. 3 juli 1899, *Pas.* 1899, I, 318, concl. MESDACH DE TER KIELE.

⁴⁶³⁷ Zie ook: Rb. Kortrijk 18 maart 1949, *RW* 1953-53, 1371 (via alle wettelijke bewijsmiddelen).

⁴⁶³⁸ Zie ook: Memorie van toelichting Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 99; art. 9, lid 4 Nederlandse WOD; art. L1232-1, lid 2 Franse Code de la santé publique; sec. 2(6) en sec. 5 Amerikaanse UAGA 2006.

⁴⁶³⁹ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 1984-1985, nr. 832-1, 10.

⁴⁶⁴⁰ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 1980-81, nr. 774/1, 3, 7-8.

⁴⁶⁴¹ T. VANSWEEVELT, “Art. 10 Orgaantransplantatiewet” in *Comm. Pers.*, 2007, currens, losbl., 6.

⁴⁶⁴² Deze bepaling stelt immers dat de arts niet tot wegneming mag overgaan “wanneer door de donor verzet is uitgedrukt op een andere wijze (...)”. Zie ook art. 17, § 3, lid 2 Orgaantransplantatiewet, dat het verhinderen van kennisname van het verzet strafbaar stelt, “ongeacht de wijze waarop dit verzet wordt uitgedrukt.”

donatieverklaring kan worden uitgedrukt.⁴⁶⁴³ Zelfs vóór de invoering van deze paragrafen (in respectievelijk 2012 en 2007) kon de niet-geregistreerde toestemming al worden aanvaard op basis van het zelfbepalingsrecht.⁴⁶⁴⁴ Zoals gezegd, kan de uitdrukkelijke toestemming in een systeem van vermoede toestemming evengoed nuttig zijn.⁴⁶⁴⁵ Overeenkomstig het zelfbepalingsrecht kunnen het verzet en de toestemming ten slotte ook worden *herroepen*.

989. In tegenstelling tot de registratiemethode zijn de niet-geregistreerde donatieverklaringen niet aan een alles-of-niets-systeem onderworpen.⁴⁶⁴⁶ Het is dus perfect mogelijk dat de declarant verzet uitdrukt tegen de wegneming van slechts bepaalde organen en/of voor slechts sommige gebruiksdoelen. Bovendien hoeft de declarant zich niet te beperken tot de (herroeping van) verzet of toestemming. Zo is bv. ook een delegatie van de beslissingsbevoegdheid aan naasten of aan één specifieke vertegenwoordiger mogelijk. De declarant kan de donatieverklaring zelfs bundelen met andere wilsverklaringen aangaande het levenseinde (bv. euthanasie en lijkbezorging), wat raadzaam is met het oog op hanteerbaarheid en kenbaarheid.⁴⁶⁴⁷ Kortom, de declarant heeft meer vrijheid dan in het registratiesysteem.

2. Duidelijkheid en discrepanties

990. Opdat ze kan worden nageleefd, moet de niet-geregistreerde donatieverklaring natuurlijk wel voldoende duidelijk en ondubbelzinnig zijn.⁴⁶⁴⁸ Op dit punt zullen er zich wellicht sneller problemen kunnen voordoen dan met het vaste registratieformulier. Inhoudelijke vrijheid heeft m.a.w. een keerzijde.

Zelfs als de donatieverklaring op zich duidelijk is, bestaat er nog een risico op discrepanties met de inhoud van andere wilsverklaringen. Op de eerste plaats is de declarant zelf verantwoordelijk om dit te vermijden.⁴⁶⁴⁹ In tegenstelling tot sommige buitenlandse wetten bevat de Orgaantransplantatiewet echter geen duidelijke conflictregeling voor het geval er zich toch discrepanties voordoen. Conflicten zullen dan veelal moeten worden opgelost aan de hand van de algemene regels. Dit zal toegelicht worden in de volgende randnummers.

991. Een discrepantie kan zich allereerst voordoen met andere *niet-geregistreerde* donatieverklaringen. Zo kan er bv. bewijs van zowel verzet tegen als toestemming tot orgaanwegneming gevonden worden. Overeenkomstig het zelfbepalingsrecht, dat de achterliggende grondslag van artikel 10 Orgaantransplantatiewet vormt, moet in principe voorrang worden gegeven aan de werkelijke wil en dus *in casu* aan de meest recente verklaring.⁴⁶⁵⁰ Een tijdsaanduiding bij iedere niet-geregistreerde donatieverklaring (bv.

⁴⁶⁴³ Art. 10, § 3*ter* Orgaantransplantatiewet beschouwt de door de Koning geregelde wijze van het uitdrukken van de positieve wil immers slechts als 'een' wijze in plaats van 'de' (enige) wijze.

⁴⁶⁴⁴ Zie ook: H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 2005, 433; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2010, 741. *Contra*: Vr. en antw. Kamer 2009-10, 11 februari 2010, (Vr. nr. 332 K. DELLA FAILLE DE LEVERGHEM).

⁴⁶⁴⁵ Zie *supra* Afd. 1, § 1, A.2. van dit Hoofdstuk.

⁴⁶⁴⁶ Cf. *supra* Afd. 1, § 1, B van dit Hoofdstuk.

⁴⁶⁴⁷ C. LEMMENS, *Voorafgaande wilsverklaringen met betrekking tot het levenseinde*, 2013, 32, 884, 903 en 905; M. COSYNS, "Een handleiding voor de laatste wil", *De Morgen*, 18 oktober 2006; A. VANDEWIELE, o.c., *T. Not.* 2008, (521) 521; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Brussel, Larcier, 2010, 740-741.

⁴⁶⁴⁸ Advies van de Raad van State, *Parl. St.* Kamer 1980-81, nr. 774-1; Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 1984-1985, nr. 832/1, 10; G. BAETEMAN, *Personen- en gezinsrecht*, Deurne, Kluwer, 1992, nr. 87; I. BOONE, o.c., *TPR* 1996, (91) 122; H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 2005, 428 en 432; A. BELHOUSSE, o.c., *Con. M.* 2008, (27) 34; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2010, 740; A.-C. SQUIFFLET, "Le don d'organes après le décès: mode d'emploi", *Jurimag* 2012, nr. 10, (11) 11; C. LEMMENS, *Voorafgaande wilsverklaringen met betrekking tot het levenseinde*, 2013, 123 en 127.

⁴⁶⁴⁹ Vgl. Memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, 22.358, nr. 3, 40.

⁴⁶⁵⁰ Vgl. art. 20, lid 1 *in fine* Nederlandse WOD; sec. 6(a)(2) en sec. 7(c)(2) Amerikaanse UAGA 2006.

dagtekening of elektronische *time stamp*) is daarom raadzaam.⁴⁶⁵¹ De eerdere donatieverklaring kan nog wel blijven gelden wat betreft de aspecten die niet strijdig zijn met de latere verklaring.

992. Daarnaast is eveneens een discrepantie met een eerdere of latere geregistreerde donatieverklaring mogelijk. Voor dergelijke gevallen zaait de wet twijfel. Artikel 10, § 4, 1^o Orgaantransplantatiewet bepaalt immers onvoorwaardelijk dat geen wegneming mag plaatsvinden wanneer het verzet is uitgedrukt op de door de Koning geregelde wijze (lees: uitgedrukt via registratie). Schending van deze bepaling kan leiden tot strafbaarstelling.⁴⁶⁵² Volgens een *letterlijke* lezing zou het geregistreerde verzet dus steeds voorrang moeten krijgen.

Dit strookt echter niet met de geest van de wet. De wetgever wenste de wijze van verzet immers niet te beperken.⁴⁶⁵³ Bovendien moet overeenkomstig het zelfbepalingsrecht, d.i. zoals gezegd de grondslag van artikel 10 Orgaantransplantatiewet, de werkelijke en dus meest recente wil voorrang krijgen. Volgens een *teleologische* lezing moet bijgevolg de recentste donatieverklaring (verzet, toestemming of herroeping) voorgaan, ongeacht het niet-geregistreerde karakter.⁴⁶⁵⁴ De teleologische visie is m.i. verkieslijk. In afwachting van wettelijke verduidelijking noopt het risico op strafbaarstelling evenwel tot een voorzichtige aanpak; dus enkel voorrang verlenen aan de niet-geregistreerde toestemming die onmiskenbaar het eerder geregistreerde verzet beoogt te herroepen (bv. een ingevuld, maar nog niet geregistreerd registratieformulier waarmee de herroeping van een eerder geregistreerd verzet wordt beoogd). Een eerdere donatieverklaring kan uiteraard wel blijven gelden wat betreft de aspecten die niet strijdig zijn met de latere verklaring.⁴⁶⁵⁵

993. Ten slotte kan er ook een discrepantie ontstaan met eerdere, gelijktijdige of latere niet-geregistreerde wilsverklaringen die niet rechtstreeks betrekking hebben op orgaanwegneming voor transplantatiedoeleinden. Zo kan bv. toestemming tot orgaanwegneming voor zowel transplantatie, als wetenschappelijk onderzoek voorhanden zijn, hoewel eenzelfde orgaan vanzelfsprekend niet voor beide doeleinden kan worden aangewend. Evenzo kan er sprake zijn van zowel orgaandonatie, als een donatie van het lijk aan een faculteit geneeskunde, hoewel sommige faculteiten geen lijken na orgaanwegneming meer aanvaarden. In deze situaties bepaalt de declarant idealiter welk gebruiksdoel de voorkeur krijgt voor zover de organen voor transplantatie geschikt zouden zijn.⁴⁶⁵⁶ Verder kan bv. zinloze behandeling geweigerd worden, hoewel deze ‘behandeling’ soms noodzakelijk zal zijn ter voorbereiding van orgaanwegneming.⁴⁶⁵⁷ Indien de declarant tegelijk voor orgaanwegneming kiest, vult hij de behandelingsweigering dus best expliciet aan met een uitzondering ten behoeve van deze wegneming.⁴⁶⁵⁸

Indien dergelijke discrepanties toch ontstaan, dan moet overeenkomstig het zelfbepalingsrecht naar de werkelijke wil van de donor gezocht worden. Dit kan door de naasten

⁴⁶⁵¹ Vgl. D.Y.A. VAN MEERSBERGEN, o.c. in G.R.J. DE GROOT, T.A.M. VAN DEN ENDE, L.E. KALKMAN-BOGERD en J.J.M. LINDERS (eds.), *Gezondheidsrecht*, 2013, (1481) 1503. Zie echter *infra* § 2, D van deze Afdeling in verband met mondelinge donatieverklaringen.

⁴⁶⁵² Art. 17, § 3, lid 1 Orgaantransplantatiewet.

⁴⁶⁵³ C. LEMMENS, *Voorafgaande wilsverklaringen met betrekking tot het levenseinde*, 2013, 122.

⁴⁶⁵⁴ Vgl. art. 20, lid 1 *in fine* Nederlandse WOD; sec. 6(a)(2) en sec. 7(c)(2) Amerikaanse UAGA 2006; L. CHERKASSKY, “Presumed Consent in Organ Donation: Is the Duty Finally upon Us?”, *EJHL* 2010, (149) 163.

⁴⁶⁵⁵ Vgl. sec. 6(a)(2) en sec. 7(c)(2) Amerikaanse UAGA 2006.

⁴⁶⁵⁶ C. LEMMENS, *Voorafgaande wilsverklaringen met betrekking tot het levenseinde*, 2013 (eigen model in bijlage).

⁴⁶⁵⁷ Zie uitvoerig *infra* Hoofdstuk V van dit Deel.

⁴⁶⁵⁸ L.A. FROLIK, *The law of later-life health care and decision making*, Chicago, ABA, 2006, 270.

van de wilsonbekwame of overleden donor te raadplegen.⁴⁶⁵⁹ Deze naasten hebben immers traditioneel het recht om de wil van de overledene te vertolken.⁴⁶⁶⁰ Daarnaast geldt ook dat de specifieke wilsverklaring voorgaat op de meer algemene.⁴⁶⁶¹ Een eerdere verklaring kan uiteraard wel blijven gelden wat betreft de aspecten die niet strijdig zijn met de latere verklaring.⁴⁶⁶²

B. De declarant

994. Inzake de niet-geregistreerde toestemming bepaalt artikel 10, § 2bis Orgaantransplantatiewet dat iedereen die in staat is zijn wil te uiten, zelf zijn uitdrukkelijke wil om donor te zijn na overlijden kan uitdrukken. Hieruit volgt duidelijk dat de niet-geregistreerde toestemming enkel kan uitgaan van de wilsbekwame donor.⁴⁶⁶³ Zoals bij de geregistreerde toestemming is geen vertegenwoordiging mogelijk.⁴⁶⁶⁴

Inzake het niet-geregistreerde verzet is de wet minder eenduidig. Enerzijds is de vertegenwoordigingsregeling van artikel 10, § 2 Orgaantransplantatiewet ruim geformuleerd, waardoor ze *prima facie* zowel op geregistreerde, als niet-geregistreerde verzetsuitingen van toepassing schijnt te zijn. Sommige auteurs menen dan ook dat het niet-geregistreerde verzet net zoals het geregistreerde verzet via een vertegenwoordiger kan worden uitgedrukt.⁴⁶⁶⁵ Anderzijds bepaalt artikel 10, § 4 Orgaantransplantatiewet echter dat geen wegneming mag plaatsvinden “*wanneer verzet is uitgedrukt op de door de Koning geregelde wijze*”⁴⁶⁶⁶ of “*wanneer door de donor verzet is uitgedrukt op een andere wijze (...)*” (eigen onderlijning). De wet houdt dus geen rekening met verzet dat is uitgedrukt door een ander persoon dan de donor. Evenzo moet volgens artikel 10, § 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet enkel worden geïnformeerd naar “*een mogelijk verzet dat is uitgedrukt door de potentiële donor*” (eigen onderlijning). Het niet-geregistreerde verzet zal zoals de toestemming dus enkel kunnen uitgaan van de donor zelf, die logischerwijze wilsbekwaam moet zijn. In tegenstelling tot het geregistreerde verzet is hier dus niet in vertegenwoordiging voorzien. Een verduidelijking van artikel 10, § 2 is hoe dan ook wenselijk.

Voor de beoordeling van de wilsbekwaamheid kan *mutatis mutandis* verwezen worden naar de bespreking van de geregistreerde donatieverklaring.⁴⁶⁶⁷ De onmogelijkheid van vertegenwoordiging bij gebrek aan wilsbekwaamheid moet evenwel worden genuanceerd. Artikel 10 Orgaantransplantatiewet verzet zich er niet tegen dat de naasten na het overlijden van de donor diens mondelinge wil kunnen vertolken en zo dus wel als vertegenwoordiger kunnen optreden.⁴⁶⁶⁸

⁴⁶⁵⁹ Vgl. sec. 21(b) Amerikaanse UAGA 2006.

⁴⁶⁶⁰ Zie uitvoerig *supra* Hoofdstuk II, Afd. 3, § 1 van dit Deel.

⁴⁶⁶¹ Vgl. art. 9, lid 5 Nederlandse WOD. Deze bepaling beoogt belemmering van orgaandonatie te vermijden wanneer een testament de traditionele verklaring “*ik herroep alle door mij eerder gemaakte uiterste wilsbeschikkingen*” stipuleert (D.Y.A. VAN MEERSBERGEN, o.c. in G.R.J. DE GROOT, T.A.M. VAN DEN ENDE, L.E. KALKMAN-BOGERD en J.J.M. LINDERS (eds.), *Gezondheidsrecht*, 2013, (1481) 1503).

⁴⁶⁶² Vgl. sec. 6(a)(2) en sec. 7(c)(2) Amerikaanse UAGA 2006.

⁴⁶⁶³ D.w.z. dat de declarant over voldoende geestelijke rijpheid beschikt om met voldoende inzicht een persoonlijke en evenwichtige beslissing te nemen betreffende de wegneming van organen. Zie: Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2011-12, nr. 53-2158/1, 31.

⁴⁶⁶⁴ Zie *supra* Afd. 1, § 2 van dit Hoofdstuk.

⁴⁶⁶⁵ H. NYS en G. VAN BEEUMEN, o.c. in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (38) 41-42.

⁴⁶⁶⁶ Dit is de registratie (zie KB Registratie).

⁴⁶⁶⁷ Zie *supra* Afd. 1, § 2 van dit Hoofdstuk.

⁴⁶⁶⁸ Zie reeds *supra* Hoofdstuk II, Afd. 3, § 1 van dit Deel.

C. De consultatieplicht

1. Grondslag van de consultatieplicht

995. Wanneer de donatieverklaring niet in een register is opgenomen, kan de kenbaarheid ervan problematisch zijn.⁴⁶⁶⁹ Het is dan immers niet zeker of de verklaring de arts zal bereiken. Aanvankelijk ondernam de wetgever niets om de donor bij dit kenbaarheidsprobleem te helpen. Uit artikel 10, § 4, 2° Orgaantransplantatiewet volgt immers dat het niet-geregistreerde verzet slechts de orgaanwegneming ongeoorloofd maakt “voor zover aan de geneesheer daarvan kennis is gegeven”. De arts was dus niet wettelijk verplicht om zelf op zoek te gaan naar de niet-geregistreerde verklaring.⁴⁶⁷⁰ De bewijslast rustte dan ook op de partij die beweerde dat de arts kennis van het verzet had of moest hebben.⁴⁶⁷¹ Het volstond dat de arts bewees dat het register werd geraadpleegd.

Ondanks de passieve houding van de wet bestond er echter al wel een belangrijke deontologische verplichting voor de artsen om naast de raadpleging van het register ook telkens bij de nabestaanden te informeren naar een eventueel verzet van de donor.⁴⁶⁷² Schending ervan kan leiden tot tuchtrechtelijke aansprakelijkheid.

996. Uiteindelijk heeft de wetgever in 2012 de deontologische informeringsplicht wettelijk verankerd. Aangezien de donor immers zijn verzet op eender welke wijze kan uitdrukken, achtte de wetgever het raadplegen van het donorregister onvoldoende en een wettelijke bevestiging van een meer actieve rol wenselijk.⁴⁶⁷³ Hiertoe bepaalt nieuw artikel 10, § 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet dat “de arts die de wegneming overweegt, moet informeren naar een mogelijk verzet dat is uitgedrukt door de potentiële donor” (hierna: de ‘consultatieplicht’). Deze verplichting is onmiskenbaar ingegeven uit respect voor het zelfbepalingsrecht van de donor. Ze verhoogt immers de kans dat de wil van de donor kenbaar is en kan worden nageleefd. Onrechtstreeks kan dergelijke consultatieplicht ook bijdragen tot het waarborgen van het orgaanaanbod. Hij beperkt namelijk het risico dat organen al te snel tegen de wil van de donor worden weggenomen en versterkt zo het publieke vertrouwen in het *presumed consent*-systeem.⁴⁶⁷⁴ Zoals gezegd, is vertrouwen onontbeerlijk voor de donatiebereidheid.⁴⁶⁷⁵

⁴⁶⁶⁹ H. NYS, *Recht en bio-ethiek*, 2010, 142; S. TACK, o.c. in D. FORNACIARI, T. GOFFIN en S. TACK (eds.), *Zorginstellingen in diverse takken van het recht*, 2013, (179) 192.

⁴⁶⁷⁰ Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 1980-81, nr. 774-1; Memorie van toelichting, *Parl. St. Senaat* 1984-1985, nr. 832-1. *Contra*: I. BOONE, o.c., *TPR* 1996, (91) 124-125. G. BAETEMAN, *Personen- en gezinsrecht*, 1992, nr. 87.

⁴⁶⁷¹ Memorie van toelichting, *Parl. St. Senaat* 1984-1985, nr. 832/1, 10; N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nr. 116; H. NYS, o.c., *Acta Hospitalia* 1986, (61) 62. T. VANSWEEVELT, “Art. 10 Orgaantransplantatiewet” in *Comm. Pers.*, 2007, currens, losbl., 7. G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2010, 742, voetnoot 513; Verslag MINET, *Parl. St. Senaat* 1984-85, nr. 832-2, 34. A.-C. SQUIFFLET, o.c., *Ann. Dr. Louvain* 2011, (357); S. TACK, o.c. in D. FORNACIARI, T. GOFFIN en S. TACK (eds.), *Zorginstellingen in diverse takken van het recht*, 2013, (179) 192.

⁴⁶⁷² Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 11 april 1987 betreffende orgaantransplantatie, <http://www.ordomedic.be>; art. 16 Europese Handleiding voor Medische Ethiek in Advies van de Nationale Raad van de Orde van Geneesheren van 6 januari 1987 betreffende de Europese handleiding voor medische ethiek, <http://www.ordomedic.be>. Zie ook: Verslag DETIÈGE, *Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 51-2680/5, 5; Verslag MINET, *Parl. St. Senaat* 1984-85, nr. 832-2, 34; Mondelinge vraag van mevrouw Lieve Van Ermen aan de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid over “orgaandonatie”, *Hand. Senaat* 2007-08, 24 januari 2008, (Vr. nr. 4-110); *Vr. en Antw.* Senaat 2005-06, 25 januari 2006, (Vr. nr. 3-4200 THIJS); Verslag FLAHAUX, *Parl. St. Senaat* 2008-09, nr. 52-1409/4, 73. Advies van de Raad van State, *Parl. St. Kamer* 1980-81, nr. 774-1.

⁴⁶⁷³ Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2011-12, nr. 53-2158/1, 30-31. Vgl. W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 283-284. *Contra*: Advies nr. 54 van 10 december 2012 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, <http://www.health.belgium.be>, 18, waar deze bevestiging enigszins overbodig werd geacht.

⁴⁶⁷⁴ A. SOULARD, “Le pouvoir des proches à l’avènement de la mort (avancée ou recul de l’autonomie de la volonté du mourant et du défunt?)”, *Médecine & Droit* 2004, (81) 86; N. NEFUSSY-LEROY, *Organes humains*, 1999, 76 en 82; T. GRUEL, *Le droit ébranlé par les manipulations du corps*, Villeneuve d’Ascq, Presses Universitaires de Septentrion, 2002, 477.

⁴⁶⁷⁵ Zie *supra* Deel II, Hoofdstuk I, Afd. 1, § 2, B.1.

De wettelijke bevestiging van de deontologische consultatieplicht heeft zonder twijfel de handhaving ervan versterkt. Zo kan schending ervan nu ook leiden tot strafbaarstelling.⁴⁶⁷⁶ Eveneens vormt deze schending thans automatisch een fout die tot burgerrechtelijke aansprakelijkheid kan leiden ten aanzien van eventuele schadelijders (bv. morele schade van de naasten). In tegenstelling tot vroeger zal de arts nu moeten bewijzen dat hij geconsulteerd heeft. Helaas bepaalt de wet niet hoe.

2. Voorwerp van de consultatieplicht

997. Artikel 10, § 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet spreekt enkel over het ‘verzet’ van de potentiële donor. Dit sluit aan bij artikel 10, § 1, lid 1 Orgaantransplantatiewet, dat een gebrek aan verzet voldoende acht voor orgaanwegname. Nochtans zou de donor evengoed expliciet toestemming kunnen geven of de beslissing kunnen delegeren aan iemand anders.⁴⁶⁷⁷ Overeenkomstig het fundamentele zelfbepalingsrecht moeten deze wilsuitingen in principe ook gerespecteerd worden. Bijgevolg zou de term ‘verzet’ beter worden vervangen door de neutrale term ‘wil’. Artikel 10, § 2, 2° KB Transplantatiecentra bepaalt al wel dat niet enkel het verzet, maar ook de instemming moet worden nagegaan.

Verder vereist artikel 10, § 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet dat wordt gepolst naar het verzet dat is ‘uitgedrukt door de potentiële donor’. De wil van de naasten van de donor of anderen vormt in theorie dus geenszins het voorwerp van de consultatieplicht. Zoals gezegd, wordt echter in de praktijk vaak toch met de wil van de naasten rekening gehouden.⁴⁶⁷⁸

Bovendien geldt de consultatieplicht slechts voor zover de arts ‘overweegt’ om een orgaanwegname bij een ‘potentiële’ donor uit te voeren. Dit wil zeggen dat consultatie niet voor iedere overleden patiënt nodig is. Het betreft slechts de overleden patiënten van wie de organen (voorlopig) geschikt lijken voor transplantiedoeleinden. De therapeutische vrijheid blijft met andere woorden gewaarborgd.

998. Hoewel de *ratio legis* van de consultatieplicht zich vooral richt op verzetsverklaringen die *niet* geregistreerd zijn,⁴⁶⁷⁹ bevat de wettekst geen precisering in die zin. Bijgevolg vormt artikel 10, § 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet (onbedoeld maar terecht) tegelijk een grondslag voor het consulteren van het donorregister.⁴⁶⁸⁰ Hetzelfde kan gezegd worden van artikel 10, § 2, 2° KB Transplantatiecentra.

Indien er reeds sprake is van een geregistreeerde toestemming, dan zullen de naasten van de donor in de praktijk minder snel verzet aantekenen.⁴⁶⁸¹ Het is dus raadzaam om telkens eerst (via een transplantatiecoördinator)⁴⁶⁸² het register te consulteren.⁴⁶⁸³ Hoe dan ook zal de

⁴⁶⁷⁶ Art. 10, § 1, lid 2 *iuncto* art. 17, § 3, lid 1 Orgaantransplantatiewet.

⁴⁶⁷⁷ Zie *supra* § 1, A van deze Afdeling.

⁴⁶⁷⁸ Zie *supra* Hoofdstuk II, Afd. 3, § 2, A.2.b. van dit Deel.

⁴⁶⁷⁹ Zie *supra* C.1. van deze paragraaf.

⁴⁶⁸⁰ Zie reeds *supra* Afd. 1, § 3, A van dit Hoofdstuk.

⁴⁶⁸¹ Zie *supra* Afd. 1, § 1, A.2. van dit Hoofdstuk.

⁴⁶⁸² Dit veronderstelt dat de potentiële donor reeds werd aangemeld bij het transplantatiecentrum.

⁴⁶⁸³ S. DESMET en M. DELBOUILLE, “Begeleiding van de familie van een potentiële orgaandonor” in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (128) 129-130; J.K.M. GEVERS en R.D. FRIELE, “Beslissen over postmortale orgaandonatie: tussen toestemming en bezwaar”, *NJB* 2004, (2032) 2037; S. TACK, o.c., *Orpadt forum* 2006, jaargang 7, nr. 1, (20) 22 en 27-28; F. VERSCHUREN *et al.*, “DCD (‘Donation after circulatory death’)-orgaandonoren” in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (68) 74-75; P. LORMANS *et al.*, “Orgaandonatie in de praktijk” in *Ibid.*, (96) 101; R.P. DE ROODE, “De rol van de arts bij postmortale donatie”, *Ned. T. Gen.* 2001, (681) 382; Human Tissue Authority Code of practice 2: donation of solid organs for transplantation (2014), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, nr. 99 en 125. Zie voorts *infra* Hoofdstuk V, Afd. 2, § 2, B.2.b. van dit Deel over de timing van deze consultaties in het donatieproces.

toestemmingsregistratie teniet worden gedaan indien de naasten een recentere, niet-geregistreerde verzetsverklaring van de donor kunnen voorleggen.⁴⁶⁸⁴

Indien het register daarentegen een verzetsverklaring bevat, dan lijkt consultatie via de naasten van de donor (of anderen) niet meer vereist te zijn.⁴⁶⁸⁵ Zoals gezegd, stelt artikel 10, § 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet enkel dat naar het *verzet* moet worden geïnformeerd. Logischerwijze maakt een geregistreerd verzet het verderzoeken naar een niet-geregistreerde verzet zinloos. Artikel 10, § 2, 2° KB Transplantatiecentra is evenwel ruimer en verplicht ook tot het nagaan van de toestemming. Zelfs in geval van een geregistreerde verzetsuiting (of toestemming), lijkt dus nog steeds te moeten worden gepolst naar een eventuele andersluidende niet-geregistreerde wilsverklaring. Zoals eerder verdedigd, moet de recentste donatieverklaring voorrang krijgen.

999. Een donatieverklaring (verzet of toestemming; geregistreerd of niet) zal in beginsel slechts geldig zijn indien ze een volwaardig (d.w.z. wilsbekwaam, vrij, voldoende geïnformeerd en oordeelkundig) karakter heeft.⁴⁶⁸⁶ Er kan echter bezwaarlijk worden aangenomen dat de consultatieplicht eveneens een onderzoek naar de volwaardigheid van de wil van de overledene omvat of hoort te omvatten. In tegenstelling tot bij opname in een register is het bij de totstandkoming van niet-geregistreerde wilsverklaringen niet evident om waarborgen voor de volwaardigheid van de wil op te leggen. Dit is een mogelijk nadeel ten aanzien van het registratiesysteem.

3. De bron van informatie

a. De naasten

1000. Artikel 10, § 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet bepaalt helaas niet via welke kanalen naar het verzet van de donor moet worden geïnformeerd. Gelet op de bedoeling van de wetgever⁴⁶⁸⁷ en op de deontologische tegenhanger van de wettelijk consultatieplicht kan worden aangenomen dat hoofdzakelijk de *naasten* van de potentiële donor moeten worden geconsulteerd. Een persoonlijkheidsrechtelijke analyse leert meer bepaald dat het recht om de wil van de donor te vertegenwoordigen in principe toekomt aan de naaste(n) die de nauwste band heeft (hebben) met de donor en dus het best in staat is (zijn) om de wil te kennen. Eerder in dit proefschrift werd al verdedigd dat een informatie- en vertegenwoordigingsrecht van de naasten, alsook een bijhorende rangregeling expliciet in de wet moet worden opgenomen.⁴⁶⁸⁸

1001. Wat indien er geen naasten beschikbaar zijn? Artikel 10, § 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet voorziet niet in dergelijke situatie. Het antwoord moet m.i. worden gezocht in de geest van de wet. Het doel is om een evenwicht te vinden tussen het zelfbepalingsrecht van de donor en het belang van orgaantransplantatie.⁴⁶⁸⁹ Aldus bepaalt artikel 10, § 1, lid 1 Orgaantransplantatiewet dat orgaanwegneming geoorloofd is indien niet vaststaat dat hiertegen verzet is geuit. Op basis hiervan moet worden aangenomen dat de

⁴⁶⁸⁴ Zie art. 10, § 4, 2° Orgaantransplantatiewet en *supra* A.2. van deze paragraaf. Vgl. J.E.M. AKVELD, *o.c.*, *TvGR* 1992, (62) 71.

⁴⁶⁸⁵ Zie: D. DE KEGEL, S. DESMET en P. LORMANS, “Zorgzaam omgaan met orgaandonatie” in L. ANCKAERT en L. MARCELIS (eds.), *Medische zorg en ethiek*, Tielt, Lannoo Campus, 2011, (151) 154.

⁴⁶⁸⁶ Cf. *supra* Hoofdstuk II, Afd. 2, § 1, B.1. van dit Deel.

⁴⁶⁸⁷ Lees dit specifiek ook samen met art. 13, 5° KB Donorcoördinatie.

⁴⁶⁸⁸ Zie over dit alles *supra* Hoofdstuk II, Afd. 3, § 1, B.5. van dit Deel.

⁴⁶⁸⁹ Zie *supra* Deel II, Hoofdstuk I, Afd. 1, § 1.

Belgische wetgever de consultatieplicht veeleer als een inspanningsverbintenis in plaats van een resultaatsverbintenis heeft bedoeld, zoals ook in Frankrijk het geval is.⁴⁶⁹⁰ Dit betekent dat orgaanwegname zonder consultatie van de naasten kan plaatsvinden indien de naasten na *redelijke* zoekinspanningen niet gevonden kunnen worden.⁴⁶⁹¹ Deze oplossing strookt met de deontologische consultatieplicht, die slechts vereist dat de arts “*de voor de hand liggende stappen*” onderneemt.⁴⁶⁹² Een wettelijke verduidelijking op dit punt is wenselijk.

Wanneer zijn de zoekinspanningen nu ‘redelijk’? Dit moet worden beoordeeld aan de hand van de algemene zorgvuldigheidsnorm uit het aansprakelijkheidsrecht. Het gedrag moet dus getoetst worden aan dat van een normaal, zorgvuldig persoon geplaatst in dezelfde omstandigheden. Een beslissende parameter hierbij is de *tijd* die beschikbaar is alvorens verder uitstel de kwaliteit van de organen en een succesvolle transplantatie in het gedrang brengt.⁴⁶⁹³ Het is niet redelijk om na deze tijdspanne nog verder te moeten zoeken. Hierop kan geen vaste termijn gekleefd worden.⁴⁶⁹⁴ Telkens is een feitenoordeel vereist. Voor sommige *non-heart-beating* donoren zal deze tijdspanne in het algemeen wel relatief korter zijn.⁴⁶⁹⁵ Bijkomende parameters zijn bv. het feit dat de donor niet meteen geïdentificeerd kon worden⁴⁶⁹⁶, vervreemding tussen de donor en zijn familie⁴⁶⁹⁷ of de beschikbare zoekmiddelen⁴⁶⁹⁸.

1002. Het consulteren van de naasten ligt vaak gevoelig. Het risico bestaat dat ze zich verzetten tegen orgaanwegname omdat ze de plotse dood van hun geliefde, zeker bij hersendood,⁴⁶⁹⁹ nog niet meteen kunnen aanvaarden.⁴⁷⁰⁰ Orgaandonatie zou immers symbool staan voor het opgeven van alle hoop op herstel.⁴⁷⁰¹ Hoewel hun verzet dan niet noodzakelijk strookt met de werkelijke wil van de overledene, zullen de artsen het in de praktijk vaak toch eerbiedigen.⁴⁷⁰² Om dergelijk emotioneel verzet te vermijden is het raadzaam om zo mogelijk de naasten eerst enkel in te lichten over de uitzichtloze toestand van de patiënt en pas in een

⁴⁶⁹⁰ Vgl. art. L1232-1, lid 3 Code de la santé publique: “(...) il doit s'efforcer de recueillir auprès des proches l'opposition (...)” (eigen onderlijning); N. NEFUSSY-LEROY, *Organes humains*, 1999, 82; T. GRUEL, *Le droit ébranlé par les manipulations du corps*, 2002, 523. Zie ook voor de stelling dat *presumed consent* dienstig is om de onbeschikbaarheid van de naasten op te vangen: J. SAVATIER, “Et in hora mortis nostrae. Le problème des greffes d'organes prélevés sur un cadavre”, *D. chron.* 1968, (89) 94; H. YOUNG, “The Right to Posthumous Bodily Integrity and Implications of Whose Right It Is”, *Marq. Elder's Advisor* 2013, (197) 243.

⁴⁶⁹¹ Vgl. W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 225; N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nr. 108.

⁴⁶⁹² Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 11 april 1987 betreffende orgaantransplantatie, <http://www.ordomedic.be>.

⁴⁶⁹³ Vgl. P.D.G. SKEGG, *Law, ethics and medicine: studies in medical law*, Oxford, Clarendon, 1990, 246-249; N. NEFUSSY-LEROY, *Organes humains*, 1999, 82; I. JANSEN, o.c., *Ars Aequi* 1996, (625) 631; J. HERRING, *Medical law and ethics*, 2006, 375; sec. 2(23) UAGA 2006; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 163; D.Y.A. VAN MEERSBERGEN, o.c. in G.R.J. DE GROOT, T.A.M. VAN DEN ENDE, L.E. KALKMAN-BOGERD en J.J.M. LINDERS (eds.), *Gezondheidsrecht*, 2013, (1481) 1508. Zie bv. F. VERSCHUREN *et al.*, o.c. in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (68) 88.

⁴⁶⁹⁴ J. KNOTTENBELT, o.c., *WPNR* 1970, (241) 242; A. DEMOOR, “Transplantatie van Organen Of: Zal het recht dwingen tot naastenliefde”, *Jura Falc.* 1976-77, (69) 85.

⁴⁶⁹⁵ Vgl. L. BRUNET, “Le médecin et la mort/Le médecin et le mort: fin de vie et prélèvement d'organes” in F. BELLIVIER en C. NOIVILLE, *Nouvelles frontières de la santé, nouveaux rôles et responsabilités du médecin*, Parijs, Dalloz, 2006, (137) 154, die dit evenwel een risico acht; B. LEGROS, *Le droit de la mort dans les établissements de santé*, 2008, 131; N. GALLUS, *Bioéthique et droit*, 2013, 287.

⁴⁶⁹⁶ Vgl. *Jacobsen v. Marin General Hospital*, 963 F.Supp. 866 (Dist. N.D. Cal. 1997), bevestigd in *Jacobsen v. Marin General Hospital*, 192 F.3d 881 (9th Cir. App. 1999).

⁴⁶⁹⁷ Vgl. *Brown v. Delaware Valley Transplant Program*, 615 A.2d 1379 (Pa.Super. 1992).

⁴⁶⁹⁸ Vgl. P.D.G. SKEGG, *Law, ethics and medicine*, 1990, 246-249.

⁴⁶⁹⁹ Zie reeds *supra* Hoofdstuk I, Afd. 3, § 1, B.1.b.2) van dit Deel.

⁴⁷⁰⁰ B. VAN HAELEWIJCK, o.c. in A. VAN ORSHOVEN en Y. EGBERT (eds.), o.c. en andere voorafgaande wilsverklaringen, 2003, (153) 157 en 159; S. TACK, o.c., *Orpadt forum* 2006, jaargang 7, nr. 1, (20) 24-25. Vgl. R.D. FRIELE *et al.*, *Derde evaluatie Wet op de orgaandonatie*, 2006, 103-104; BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, *Building on Progress*, 2012, www.bma.org.uk/ethics, 33-34.

⁴⁷⁰¹ T.R. JENSEN, o.c., *Hous. J. Int'l L.* 2000, (555) 576; P. DE CRUZ, *Comparative healthcare law*, Londen, Cavendish, 2001, 583.

⁴⁷⁰² Zie *supra* Hoofdstuk II, Afd. 3, § 2, A.2.b. van dit Deel.

later gesprek de donatiekwestie aan te brengen (*decoupling*).⁴⁷⁰³ Hierbij moet een vertrouwensrelatie met de naasten worden opgebouwd, door ze tijdens en na het donatieproces goed te begeleiden met voldoende informatie en emotionele steun.⁴⁷⁰⁴ Zo kunnen slechte ervaringen en negatieve publiciteit vermeden worden⁴⁷⁰⁵ en kan de donatiebereidheid gevrijwaard worden.

De vraag rijst of het consulteren van de naasten omtrent orgaanwegneming soms niet té gevoelig ligt, zodat van de consultatieplicht kan worden afgeweken. Artikel 10, § 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet voorziet niet uitdrukkelijk in dergelijke mogelijkheid. Nochtans volgt uit de uitvoeringsbesluiten wel dat de familie of andere betrokken personen niet ondervraagd moeten worden over de karakteriseringsgegevens van de donor indien dit niet ‘passend’ is.⁴⁷⁰⁶ Het zou incoherent zijn om wel steeds consultatie inzake de wil van de donor te verplichten wanneer dit ongepast is. Indien toch in ongepaste omstandigheden moet worden geconsulteerd, dan zou dit tot negatieve reacties van de naasten kunnen leiden, ongeacht de werkelijke wil van de donor. Dit kan strijdig zijn met het zelfbepalingsrecht van de donor én met de nood aan transplantaties. Bovendien was de bedoeling van de wetgever om de naasten niet te belasten met het nemen van beslissingen over orgaanwegneming. Zelfs wanneer de naasten beschikbaar zijn, moet de consultatieplicht dus slechts als een inspanningsverbintenis worden gekwalificeerd. Aldus kan van consultatie worden afgezien indien dit duidelijk onredelijk is (bv. té schokkend overlijden,⁴⁷⁰⁷ de naasten waren zelf betrokken bij het dodelijk ongeval,⁴⁷⁰⁸ ...).

b. Overige bronnen

1003. Volgens zijn huidige open formulering zou artikel 10, § 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet ook het consulteren van anderen dan de naasten (bv. verplegers of de behandelende arts)⁴⁷⁰⁹ kunnen impliceren.⁴⁷¹⁰ Logischerwijze zal consultatie van ‘anderen’ slechts vereist zijn voor zover zij beschikbaar zijn en aanwijzingen over de wil van de donor kunnen verschaffen.⁴⁷¹¹ Dit moet overeenkomstig de algemene zorgvuldigheidsnorm naar alle redelijkheid worden beoordeeld.

⁴⁷⁰³ E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 168 en 312; S. TACK, o.c., *Orpadi forum* 2006, jaargang 7, nr. 1, (20) 25; D. DE KEGEL, S. DESMET en P. LORMANS, o.c. in L. ANCKAERT en L. MARCELIS (eds.), *Medische zorg en ethiek*, 2011, (151) 154-155; F.L. DELMONICO, “Organ procurement” in P.J. MORRIS en W.C. WOOD (eds.), *Oxford Textbook of Surgery. Vol. 1*, Oxford, Oxford University Press, 2000 (2^{de} ed.), (625) 638. Zie ook: folder “als mijn leven stopt, kan een ander verder...”.

⁴⁷⁰⁴ S. TACK, o.c., *Orpadi forum* 2006, jaargang 7, nr. 1, (20) 24; D. DE KEGEL, S. DESMET en P. LORMANS, o.c. in L. ANCKAERT en L. MARCELIS (eds.), *Medische zorg en ethiek*, 2011, (151) 152-153; N.E. JANSEN *et al.*, “Appointing ‘trained donation practitioners’ results in a higher family consent rate in the Netherlands: a multicenter study”, *Transpl. Int.* 2011, 1189-1197; M. SQUE, T. LONG en S. PAYNE, “Why Bereaved Relatives Decline Organ and Tissue Donation” in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation: Ethical, Legal and Psychosocial Aspects. Towards a Common European Policy*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2008, (471) 479-480; J. DE GROOT *et al.*, “The Role of Moral Counseling during Decision Making by Proxies of Potential Deceased Donors” in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J.V. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2011, (257) 264; S. DESMET en M. DELBOUILLE, o.c. in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (128) 128.

⁴⁷⁰⁵ R.D. FRIELE *et al.*, *Derde evaluatie Wet op de orgaandonatie*, 2006, 28 en 67.; B.J. BOYARSKY *et al.*, “Potential Limitations of Presumed Consent Legislation”, *Transplantation* 2012, (136) 139.

⁴⁷⁰⁶ Art. 10/6, lid 2 KB Transplantatiecentra; art. 13, 6° KB Donorcoördinatie.

⁴⁷⁰⁷ Vgl. W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 180 en 191-192.

⁴⁷⁰⁸ P.D.G. SKEGG, *Law, ethics and medicine*, 1990, 246-249.

⁴⁷⁰⁹ Vgl. Human Tissue Authority Code of practice 2: donation of solid organs for transplantation (2014), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, nr. 106.

⁴⁷¹⁰ Zie ook art. 13, 5° KB Donorcoördinatie.

⁴⁷¹¹ Vgl. T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, Antwerpen, Maklu, 1992, 226.

1004. Voorts leidt de leemte in artikel 10, § 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet nog tot de vraag of de consultatieplicht steeds een gesprek met een persoon veronderstelt. Zo schrijft de Amerikaanse modelwetgeving ook voor dat ziekenhuizen zo snel mogelijk na opname van een (bijna) overleden patiënt moeten laten zoeken naar een eventuele donatieverklaring die zich op (bv. in de portefeuille) of in de buurt van deze patiënt bevindt.⁴⁷¹² Strikt gezien lijkt ‘informereren naar’ in de zin van artikel 10, § 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet enkel te wijzen op het vragen naar inlichtingen bij personen. Wegens de strafrechtelijke sanctionering van deze bepaling is deze terughoudende interpretatie aangewezen.⁴⁷¹³

4. De consultatieplichtige

1005. De consultatieplicht rust overeenkomstig artikel 10, § 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet op de “*arts die de wegneming van het orgaan overweegt*”. Indien de wegnemende arts echter rechtstreeks de naasten zou informeren en consulteren, dan zouden de naasten wegens een mogelijke schijn van partijdigheid wantrouwig kunnen worden.⁴⁷¹⁴ Bovendien zullen er soms meerdere wegnemende artsen van verschillende ziekenhuizen zijn. Het zou onpraktisch en onnodig belastend voor de naasten zijn indien de artsen elk persoonlijk zouden moeten consulteren.

Er mag worden aangenomen dat de donor- en transplantatiecoördinatoren dankzij hun specifieke opleiding beter geplaatst zijn om met de naasten van de donor te communiceren.⁴⁷¹⁵ Artikel 13, 5° KB Donorcoördinatie bepaalt dan ook dat de lokale donorcoördinatoren van het donorziekenhuis instaan voor het overleg met de familie van de donor en eventueel andere betrokken personen. Deze coördinatoren zijn bedoeld als het eerste aanspreekpunt voor de familie.⁴⁷¹⁶ Zij kunnen hierbij een beroep doen op een psycholoog of een sociaal assistent.⁴⁷¹⁷ Verder bepaalt ook artikel 10, § 2, 2° KB Transplantatiecentra dat de transplantatiecoördinatoren van het transplantatiecentrum moeten nagaan of er verzet/instemming zoals bedoeld in artikel 10 Orgaantransplantatiewet werd geuit. Naast raadpleging van het donorregister zal de transplantatiecoördinator dus van het lokale donorcoördinatieteam van het ziekenhuis waarmee wordt samengewerkt, moeten vernemen of het via de familie of anderen weet heeft gekregen van enig verzet of toestemming van de donor.⁴⁷¹⁸ In universitaire ziekenhuizen zonder functie “lokale donorcoördinatie” zal de transplantatiecoördinator zelf overleg moeten plegen met de familie. Ook dan kan een beroep worden gedaan op een psycholoog of sociaal assistent.⁴⁷¹⁹

Bijgevolg zal de wegnemende arts niet rechtstreeks de naasten moeten aanspreken,⁴⁷²⁰ maar zich kunnen informeren via de transplantatiecoördinator van zijn transplantatiecentrum. Het is weliswaar niet uitgesloten dat de wegnemende arts nog wel bij het gesprek met de naasten

⁴⁷¹² Sec. 12 UAGA 2006. Zie ook: W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 283-274.

⁴⁷¹³ Zie over deze interpretatieregels *supra* Deel II, Hoofdstuk II, Afd. 1. Zie ook: Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 1980-81, nr. 774/1, 3, waar werd gesteld dat het geenszins de bedoeling is om de arts alle mogelijke bewijzen van het verzet te laten opsporen.

⁴⁷¹⁴ Vgl. N. NEFUSSY-LEROY, *Organes humains*, 1999, 80 ; F.L. DELMONICO, *o.c.* in P.J. MORRIS en W.C. WOOD (eds.), *Oxford Textbook of Surgery. Vol. 1*, 2000 (2^{de} ed.), (625) 639.

⁴⁷¹⁵ Zie ook al *supra* Deel III, Hoofdstuk II, Afd. 1, § 3, B.2.b.

⁴⁷¹⁶ Verslag BURGEON, *Parl. St.* Kamer 2011-12, nr. 2158/2, 9.

⁴⁷¹⁷ Art. 8 KB Donorcoördinatie.

⁴⁷¹⁸ Zie ook art. 10, § 2, 1° KB Transplantatiecentra. Er moeten werkprocedures worden uitgewerkt voor de controle van de gegevens van het verzet of de instemming van de donor en de controle van diens identiteit: art. 10/3, lid 2, 1° en 2° KB Transplantatiecentra. Conform art. 4, §2, lid 1, a) en b) Richtlijn 2010/53/EU.

⁴⁷¹⁹ Art. 10/1 KB Transplantatiecentra.

⁴⁷²⁰ Vgl. W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 46 en 222-223.

aanwezig is, om bv. informatie te verstrekken.⁴⁷²¹ Hoe dan ook verdient het de aanbeveling om de consultatieplicht uit de wet duidelijker af te stemmen op de consultatieverplichtingen uit de genoemde koninklijke besluiten.

5. Opzettelijke verhindering van de kenbaarheid

1006. Krachtens artikel 17, § 3, lid 2 Orgaantransplantatiewet kan “*hij die wetens verhindert dat kennis wordt genomen van het in artikel 10 bedoelde verzet tegen de wegneming, ongeacht de wijze waarop dit verzet wordt uitgedrukt*”, gestraft worden met een gevangenisstraf van drie maanden tot één jaar en/of een geldboete van 1.000 tot 10.000 euro. Dit wanbedrijf voorziet als het ware in een bijkomende kenbaarheidswaarborg.⁴⁷²² Het bestaat uit een materieel en een moreel element.

1007. Wat betreft het materieel element is een verhindering van kennisname vereist. De wettekst is enkel gericht op de kennisname van verzet tegen orgaanwegneming na overlijden. Gelet op het legaliteitsbeginsel kunnen strafbepalingen niet naar analogie worden toegepast op andere situaties. Dit wanbedrijf viseert dus niet de verhindering van de toestemming⁴⁷²³ of van andere donatieverklaringen.⁴⁷²⁴ Het valt echter niet goed in te zien waarom enkel het verzet dermate strafrechtelijk wordt beschermd. Overeenkomstig het zelfbepalingsrecht verdienen andersluidende donatieverklaringen in principe eveneens respect. De verwijzing naar het verzet zou m.i. dan ook beter door de meer neutrale term ‘wil’ worden vervangen.

Voor het overige is het wanbedrijf wel ruim opgevat. Het maakt immers niet uit of het verzet geregistreerd werd,⁴⁷²⁵ dan wel op enige andere wijze werd uitgedrukt. Voorts kan de verhindering op allerlei manieren worden begaan (bv. ontvreemding, vernietiging, vervalsing, verzwijging of het beletten van de bekendmaking van schriftelijke verklaringen, dan wel aflegging van valse verklaringen omtrent het verzet van de overledene).⁴⁷²⁶ Bovendien kan de verhindering uitgaan van iedereen, zoals bv. de geconsulteerde naasten of andere geconsulteerden, de consulterende artsen en coördinatoren, de personen die desgevallend instaan voor de bewaring van de wilsverklaring (bv. ambtenaren), etc.⁴⁷²⁷

1008. Wat betreft het moreel element is vereist dat de verhindering ‘wetens’ wordt gepleegd. Er moet worden aangenomen dat hiermee het zogenaamde ‘algemene opzet’ wordt bedoeld. Het volstaat dan dat de dader weet wat hij doet en het ook wil doen. De dader moet m.a.w. zelf kennis van het verzet hebben en de kenbaarheid ervan willen belemmeren, ongeacht het achterliggende motief (bv. wraak of persoonlijke overtuiging). Bv. het kwijtspelen van een schriftelijke verzetsverklaring wegens onzorgvuldigheid volstaat daarentegen niet voor een strafbaarstelling krachtens artikel 17, § 3, lid 2 Orgaantransplantatiewet. Burgerrechtelijke

⁴⁷²¹ Vgl. N. NEFUSSY-LEROY, *Organes humains*, 1999, 80-81. Zie ook: W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 222, die stelt dat de wegnemende arts best aanwezig is, aangezien hij uiteindelijk de verantwoordelijkheid draagt.

⁴⁷²² Vgl. sec. 5(2) HTA 2004; sec. 13(b) en 17 UAGA 2006.

⁴⁷²³ H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 2005, 429.

⁴⁷²⁴ Er kan naargelang de omstandigheden nog wel worden gezocht naar meer algemene strafrechtelijke kwalificaties, zoals bv. art. 194 e.v. Sw. (valsheid in geschrifte).

⁴⁷²⁵ Zie al supra ivm het huidige vrijblijvende keuze-systeem.

⁴⁷²⁶ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 1984-1985, nr. 832-1, 13.

⁴⁷²⁷ Specifiek voor artsen geldt ook een deontologische verplichting om verzetsuitingen waarvan ze weet hebben, mee te delen aan de wegnemende arts: Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 11 april 1987 betreffende orgaantransplantatie, <http://www.ordomedic.be>.

aansprakelijkheid wegens schending van de algemene zorgvuldigheidsnorm blijft dan eventueel nog wel een optie.

§ 2. SPECIFIEKE NIET-GEREGISTREERDE DONATIEVERKLARINGEN

1009. Een niet-geregistreerde donatieverklaring kan verschillende vormen aannemen. De donor zal ermee rekening moeten houden dat niet alle vormen even geschikt zijn om zijn wil kenbaar te maken. Zonder exhaustief te willen zijn, wordt hierna ingegaan op de meest besprekenswaardige vormen met bijzondere aandacht voor de voor- en nadelen inzake de kenbaarheid van de volwaardige wil. Aan bod komen: (A) het testament, (B) het eigenhandig geschrift, (C) sociale netwerksites en (D) ongeschreven verklaringen.

A. Het testament

1010. Een testament is “een akte waarbij de erflater, voor de tijd dat hij niet meer in leven zal zijn, over het geheel of een deel van zijn goederen beschikt, en die hij kan herroepen” (art. 895 BW). Op het eerste gezicht lijkt een testamentaire donatieverklaring niet te stroken met deze definitie. Het lijkt en zijn delen kunnen pas goederen worden na overlijden, wanneer de erflater niet langer drager van (eigendoms-)rechten kan zijn.⁴⁷²⁸ Het lijkt en zijn delen zijn dus nooit ‘goederen van de erflater’. Toch is dit geen bezwaar. De huidige rechtsleer neemt immers aan dat een testament ook extra-patrimoniale bepalingen, zoals lijkbezorging of orgaandonatie, kan bevatten.⁴⁷²⁹ Artikel 895 BW sluit dit immers niet expliciet uit en ook andere bepalingen beperken het testament niet tot het patrimoniale; het behoort juist tot de essentie van een testament om de ‘laatste wil’ te doen respecteren.⁴⁷³⁰ Er kan dan een onderscheid worden gemaakt tussen het patrimoniale en het extra-patrimoniale gedeelte. Het patrimoniale gedeelte van een testament zal op straffe van nietigheid moeten voldoen aan een aantal formaliteiten, waaronder de tussenkomst van een notaris bij de totstandkoming (openbaar of notarieel testament), dan wel pas bij de tenuitvoerlegging (eigenhandig of holografisch testament).⁴⁷³¹ Aangezien het extra-patrimoniale gedeelte daarentegen geen beschikking over de goederen in de zin van artikel 895 BW betreft, is de geldigheid ervan niet aan deze formaliteiten gebonden.⁴⁷³²

Het voordeel van een testamentaire donatieverklaring is dat de volwaardigheid van de wil enigszins gewaarborgd kan worden. Het schriftelijk karakter zet aan tot het maken van een overwogen beslissing.⁴⁷³³ Bovendien zal de tussenkomst van een notaris enige controle op de wilsbekwaamheid en de vrijheid van de wilsuiting bieden. De erflater zou zijn donatieverklaring zelfs als een last *ab intestato* kunnen formuleren om de naleving ervan door

⁴⁷²⁸ Zie *supra* Hoofdstuk II, Afd. 2, § 1, A.1. van dit Deel.

⁴⁷²⁹ Rb. Kortrijk 18 maart 1949, *RW* 1952-53, 1371; J. DE BRUYNE, “Een verwantenvoorrecht: het regelen van de wijze en de plaats van de begrafenis indien de overledene desbetreffend niets bepaald heeft”, *RW* 1960-61, (823) 826; *Vr. en Antw.* Kamer 1987-88, 14 april 1987, (Vr. nr. 62 BAUDSON); C. DE WULF, *Het opstellen van notariële akten. Deel I*, Mechelen, Kluwer, 2002, 505, die als clausule “Mijn nabestaanden mogen zich niet verzetten tegen deze wegneming” voorstelt; H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 2005, 433; A. VANDEWIELE, o.c., *T. Not.* 2008, (521) 531; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2010, 740-741.

⁴⁷³⁰ R. DILLEMANS, A. VAN DEN BOSSCHE en M. DE CLERCQ, *Testamenten*, Mechelen, Kluwer, 2012, 269 en 272-274; T. DE VOGELAERE, *Testamenten anno 2013: Balanceren op de grenzen van de wilsautonomie*, Gent, Larcier, 2013, 87 en 89-99. Vgl. D. SPERLING, *Posthumous Interests: Legal and Ethical Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 150-153 en 166-169. *Contra*: Conclusie MESDACH DE TER KIELE, Cass. 3 juli 1899, *Pas.* 1899, I, (318) 321.

⁴⁷³¹ Zie met name artt. 970, 971, 976 en 1001 BW.

⁴⁷³² G. BRICMONT, “Les problèmes juridiques posés par les prélèvements d’organes sur le cadavre de l’homme”, *JT* 1971, (145) 146; A. VANDEWIELE, “Levenstestament”, *T. Not.* 2008, (521) 531.

⁴⁷³³ X. LABBÉE, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, 1990, 294; D. SPERLING, *Posthumous Interests*, 2010, 152.

de ergenamen af te dwingen.⁴⁷³⁴ Gelet op de snelheid waarmee orgaanwegneming na overlijden moet plaatsvinden, betreft een belangrijk nadeel evenwel het risico dat het testament niet tijdig beschikbaar en geopend zal zijn.⁴⁷³⁵ Bovendien zijn aanpassingen van een notarieel testament niet zo eenvoudig, gelet op de formaliteiten (art. 971-972 BW). De testamentaire donatieverklaring is dus veeleer af te raden.

B. *Het eigenhandig geschrift*

1011. Een donatieverklaring kan ook zonder testament via ieder ander eigenhandig geschrift worden uitgedrukt.⁴⁷³⁶ Het kan gaan om een geschrift dat volledig eigenhandig is opgesteld, dan wel om een modelgeschrift dat naar eigen voorkeur werd ingevuld (bv. een zgn. ‘donorkaart’).⁴⁷³⁷ Slechts een klein aantal personen heeft een zgn. donorkaart.⁴⁷³⁸ Het voordeel is dat dergelijk geschrift steeds eenvoudig kan gewijzigd worden, zodat steeds de meest recente wil wordt uitgedrukt. Het schriftelijk karakter zet bovendien aan tot een overwogen beslissing.⁴⁷³⁹ Een controle van het wilsbekwame, vrije en geïnformeerde karakter van de wilsuiting is evenwel niet gegarandeerd. Dit kan deels worden opgevangen door bv. bijstand aan de huisarts of aan een andere getuige te vragen. Bovendien bestaat het risico op onvindbaarheid van het geschrift binnen de beperkte tijdsperiode voor orgaanwegneming.⁴⁷⁴⁰ Indien men het geschrift steeds bij zich draagt (bv. in de portefeuille),⁴⁷⁴¹ kan het immers verloren gaan in het ongeval dat tot de dood leidde.⁴⁷⁴² Een tatoeage⁴⁷⁴³ kan dit vermijden, maar is een weinig aantrekkelijk alternatief wegens zijn pijnlijke en zeer moeilijk herroepbare aard.⁴⁷⁴⁴ Indien men het geschrift veilig thuis wenst te bewaren, dan is het van groot belang om de locatie te melden aan de naasten, aangezien vooral zij geconsulteerd zullen worden na

⁴⁷³⁴ R. DILLEMANS, A. VAN DEN BOSSCHE en M. DE CLERCQ, *Testamenten*, 2012, 271-272 en 273.

⁴⁷³⁵ C. DE WULF, *Het opstellen van notariële akten. Deel I*, 2002, 504-505; L. WEYTS, “Modèle d’un acte de déclaration en vue de régler ses vieux jours”, *Rev. Not. B.* 2004, (291) 293; Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220/9, 46. D. MINTEN m.m.v. W. DIJKHOFFZ, *Gezondheidsrecht toegepast. Recht voor vroedvrouwen en verpleegkundigen*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 170 (die ook over medisch dossier spreken); R. DILLEMANS, A. VAN DEN BOSSCHE en M. DE CLERCQ, *Testamenten*, 2012, 270; C. LEMMENS, *Voorafgaande wilsverklaringen met betrekking tot het levenseinde*, 2013, 12. Vgl. G. DWORKIN, “The law relating to organ transplantation in England”, *Mod. L. Rev.* 1970, vol. 33, (351) 366; A. TERRASSON DE FOUGERES, o.c., *RD Sanit. Soc.* 2000, (339) 348; X., “Organ Donation and Transplantation” in S. SANBAR *et al.* (eds.), *Legal Medicine*, St. Louis, Mosby, 2004 (6^{de} ed.), (271) 273; Comment bij sec. 5 UAGA 2006; D. SPERLING, *Posthumous Interests*, 2010, 150-151; A.K. GLAZIER, o.c. in A.-M. FARRELL, D. PRICE en M. QUIGLEY (eds.), *Organ shortage*, 2011, (195) 204. Zie evenwel: E.R. HAIN, “I Want ‘You’ to Have ‘My’ Heart: How Using a Will May Better Protect a Donor’s Intent in Insuring Successful Directed Donation of Organs”, *Quinnipiac Prob. L.J.* 2015, (304) 314-315, die wijst op technische vooruitgang op het vlak van orgaanpreservatie waardoor er meer tijd is na overlaten om een eventueel testament te achterhalen.

⁴⁷³⁶ *Vr. en Antw.* Kamer 1986-87, 14 april 1987, 2238 (*Vr. nr. 62 BAUDSON*); J. MAEIJER, o.c., *TPR* 2008, (1) 4; “België is voortrekker inzake orgaandonatie, maar wachtlijsten blijven toenemen”, vzw de maakbare mens. Vgl. het vroegere ‘donorcodicil’ in Nederland: D.P. ENGBERTS en Y.M. KOSTER-REIDSMA, “Orgaantransplantatie en bloedtransfusie” in D.P. ENGBERTS en L.E. KALKMAN-BOGERT (eds.), *Gezondheidsrecht*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum, 2009 (2^{de} ed.), (121) 121. *Contra*: B. VAN HAELEWIJCK *et al.*, “How to Improve the Public Image of Organ Donation” in Y. ENGLERT (ed.), *Organ and Tissue Transplantation in the European Union*, 1995, (180) 182.

⁴⁷³⁷ Verslag HANQUET, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 832-2, 6. Zie in dit verband ook: wetsvoorstel van 21 maart 2012 tot wijziging van de wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen tot invoering van de donorkaart in afwachting van de volledige digitalisering van het donorschap via de e-ID, *Parl. St.* Senaat 2011-2012, nr. 5-1544/1, waarbij de mogelijkheid wordt gecreëerd om via de huisarts een donorkaart te verkrijgen, waardoor men donor is, ongeacht het bezwaar van de familie.

⁴⁷³⁸ Eurobarometer - Special Survey 272D, “Organ donation and transplant”, 2007, http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_272d_en.pdf, 18 (3%).

⁴⁷³⁹ Vgl. vorig randnummer.

⁴⁷⁴⁰ A. DEMOOR, o.c., *Jura Falc.* 1976-77, (69) 88; A.C. MACDONALD, o.c., *Stan. L. & Pol’y Rev.* 1997, (177) 180; A.K. GLAZIER, o.c. in A.-M. FARRELL, D. PRICE en M. QUIGLEY (eds.), *Organ shortage*, 2011, (195) 204.

⁴⁷⁴¹ H. NYS en G. VAN BEEUMEN, o.c. in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (38) 41.

⁴⁷⁴² A. TERRASSON DE FOUGERES, o.c., *RD Sanit. Soc.* 2000, (339) 348; Comment bij sec. 2 en 6 UAGA 2006.

⁴⁷⁴³ H. NYS en G. VAN BEEUMEN, o.c. in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (38) 41.

⁴⁷⁴⁴ I. KENNEDY, *Treat me right: essays in medical law and ethics*, Oxford, Clarendon, 1991 (2^{de} ed.), 248.

overlijden.⁴⁷⁴⁵ Het is vanzelfsprekend nog beter om het geschrift te vermelden of te laten opnemen in het patiëntendossier.⁴⁷⁴⁶

C. Sociale netwerksites

1012. Een bijzondere vorm van geschrift is de donatieverklaring via de welgekende sociale netwerksite Facebook. Op 18 september 2012 heeft Facebook in samenwerking met de FOD Volksgezondheid een applicatie gelanceerd waarbij de Facebookgebruiker zich als donor na overlijden kenbaar kan maken op zijn Facebookprofiel.⁴⁷⁴⁷ Deze applicatie is bedoeld om zoveel mogelijk Facebookgebruikers te sensibiliseren en aan te zetten tot het laten registreren van hun donatiewens.⁴⁷⁴⁸ Er is dan ook voorzien in een link naar het downloadbare formulier dat men ingevuld op het gemeentehuis kan inleveren ter registratie.⁴⁷⁴⁹ Facebook bleek hiertoe een doeltreffend instrument: enkele maanden na de lancering van de applicatie werd een merkbare stijging van het aantal geregistreerde positieve donatieverklaringen opgetekend.⁴⁷⁵⁰

De minister van Sociale Zaken stelde destijds evenwel dat de vermelding van de donorstatus op het Facebookprofiel in België op zich geen juridische waarde zou hebben.⁴⁷⁵¹ Hiermee kan niet worden ingestemd. Het is juist dat het loutere gebruik van de Facebookapplicatie niet automatisch de opname in het officiële donorregister meebrengt. Donatieverklaringen kunnen, zoals gezegd, echter ook op niet-geregistreerde wijze rechtsgeldig tot stand komen. De Orgaantransplantatiewet verzet zich geenszins tegen niet-geregistreerde donatieverklaringen via elektronische geschriften op sociale netwerksites. Krachtens het zelfbepalingsrecht van de donor kunnen dergelijke verklaringen in principe dus wél een juridische waarde op zich hebben.

Het voordeel van donatieverklaringen op Facebook e.d. is dat ze eenvoudig en goed kenbaar kunnen worden gemaakt. Van belang is dat vooral de naasten bevoegd zijn om het netwerkprofiel van de donor te bekijken, aangezien zij achteraf in principe geconsulteerd zullen worden door de donorcoördinator. Er kan echter twijfel rijzen over de volwaardigheid van de wil. Zo wijzen sommige op het risico van sociale druk.⁴⁷⁵² Nochtans mag niet automatisch besloten worden tot nietigheid wegens dwang. Verder werd hierbij ook gewezen op het risico

⁴⁷⁴⁵ Vgl. W.L. ANDERSON en J.D. COPELAND, "Legal intricacies of organ transplantation: regulations and liability", *J. Mo. B.* 1994, (139) 144; BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, *Organ donation in the 21st century*, London, BMA, 2000, 8; BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, *Organ donation in the 21st century*, London, BMA, 2000, 8; E.R. HAIN, o.c., *Quinnipiac Prob. L.J.* 2015, (304) 317 en 320. Zie in verband met de consultatieplicht met name *supra* § 1, C.3.a. van deze Afdeling.

⁴⁷⁴⁶ C. LEMMENS, *Voorafgaande wilsverklaringen met betrekking tot het levenseinde*, 2013, 381; H. NYS en G. VAN BEEUMEN, o.c. in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (38) 41. Vgl. Human Tissue Authority Code of practice 1: Consent (2009), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, nr. 103; art. L1111-14, lid 1 Franse Code de la santé publique: "(...), chaque bénéficiaire de l'assurance maladie dispose, (...), d'un dossier médical personnel (...) comportant la mention: 'a été informé de la loi sur le don d'organes' (...)".

⁴⁷⁴⁷ Meer bepaald via een 'levensgebeurtenis' op de 'tijddlijn'. Zie: <http://www.beldonor.be>. Ook in andere landen is deze applicatie beschikbaar.

⁴⁷⁴⁸ *Vr. en Antw.* Senaat 2012-13, 23 januari 2013, Vr. nr. 5-7930 IDE.

⁴⁷⁴⁹ Zie over dit register al *supra* Afd. 1, § 3 van dit Hoofdstuk.

⁴⁷⁵⁰ *Vr. en Antw.* Senaat 2012-13, 23 januari 2013, Vr. nr. 5-7930 IDE; Minutes of the Sixth Competent Authority Meeting on Organ Donation and Transplantation, 13-14 maart 2013, http://ec.europa.eu/health/blood_tissues_organ, 4. Zie ook: Minutes of the Fifth Meeting of the National Competent Authorities on Organ Donation and Transplantation – Summary Report, 13-14 september 2012, http://ec.europa.eu/health/blood_tissues_organ, 9; A.M. CAMERON *et al.*, "Social Media and Organ Donor Registration: The Facebook Effect", *Am. J. Transpl.* 2013, (2059) 2062-2063; M. FRUNZA *et al.*, "To share or not to share your donor status on Facebook: public benefits, private risks" in G. RANDHAWA en S. SCHICKTANZ (eds.), *Public Engagement in Organ Donation and Transplantation*, 2013, (27) 28.

⁴⁷⁵¹ *Vr. en Antw.* Senaat 2012-13, 23 januari 2013, Vr. nr. 5-7930 IDE. In dezelfde zin: M. FRUNZA *et al.*, o.c. in G. RANDHAWA en S. SCHICKTANZ (eds.), *Public Engagement in Organ Donation and Transplantation*, 2013, (27) 28 en 29.

⁴⁷⁵² M. FRUNZA *et al.*, o.c. in G. RANDHAWA en S. SCHICKTANZ (eds.), *Public Engagement in Organ Donation and Transplantation*, 2013, (27) 30.

van een snelle, ongeïnformeerde donatieverklaring.⁴⁷⁵³ Nochtans kan dit deels worden opgevangen door een link naar de nodige informatiekanalen. Op zijn minst zal dit type verklaring een element vormen dat de naasten kan helpen te beslissen overeenkomstig de wil van de donor.⁴⁷⁵⁴

D. Ongeschreven verklaringen

1013. De donor kan eveneens rechtsgeldig *mondelijke* donatieverklaringen afleggen.⁴⁷⁵⁵ Erover praten is vanzelfsprekend de gemakkelijkste wijze om de wil uit te drukken. Opdat dergelijke donatieverklaring na het overlijden van de donor kenbaar zou zijn aan de artsen, kan ze meer bepaald tot de naaste(n) worden gericht.⁴⁷⁵⁶ Zij zullen immers in principe door de donorcoördinator geconsulteerd moeten worden over de wil van de donor.⁴⁷⁵⁷ Doorgaans zullen ze de wil van de donor respecteren. Erover praten met de familie kan dus best worden aangemoedigd.⁴⁷⁵⁸ Eerdere onderzoeken tonen aan dat dit voorlopig slechts in een minderheid van de gevallen gebeurt.⁴⁷⁵⁹ Maar dan nog zal de kenbaarheid niet volledig gegarandeerd zijn. Het is immers niet zeker of de naasten op het moment van de orgaanwegname tijdig gevonden zullen worden.⁴⁷⁶⁰ Bovendien kan niet gecontroleerd worden of de naaste(n) de wil van de donor in plaats van de eigen wil uit(en).⁴⁷⁶¹ Dit kan enigszins verholpen worden door de mondelinge verklaring algemene bekendheid⁴⁷⁶² te geven en/of ze auditief of audio-visueel vast te leggen. Hoe dan ook zullen louter mondelinge verklaringen maar moeilijk kunnen opwegen tegen andersluidende schriftelijke verklaringen.⁴⁷⁶³

⁴⁷⁵³ *Ibid.*, 29 en 30.

⁴⁷⁵⁴ Vgl. *Ibid.*, 31 en 33.

⁴⁷⁵⁵ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 51-2680/1, 8; Advies van de Raad van State, *Parl. St.* Kamer 1980-81, nr. 774-1; *Vr. en Antw.* Kamer 1986-87, 14 april 1987, 2238 (Vr. nr. 62 BAUDSON); *Vr. en Antw.* Senaat 2010-11, 30 maart 2011, (Vr. nr. 5-1935 G. DE PADT); T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 129; H. NYS, “Eigendom in het medisch recht”, *RW* 1983-84, (2357) 2368-2369; H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 2005, 429; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2005, 126; A. BELHOUS, o.c., *Con. M.* 2008, (27) 34; G. BAETEMAN, *Personen- en gezinsrecht*, 1992, nr. 87. Zie ook: J. DE BRUYNE, o.c., *RW* 1960-61, (823) 526; W. DREESSEN, o.c., *Jura Falc.* 1984-85, (500) 519. Vgl. Trib. Adm. Lyon 19 mei 1993, *Rec. Lebon* 1993, 511; J.-R. BINET, “Le prélèvement d’organes post mortem en droit français: un équilibre incertain”, *Droit de la famille* 2014, www.lexisnexis.com, nr. 7; Human Tissue Authority Code of practice 1: Consent (2009), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, nr. 33; A.J. CRONIN, “Equitable Access to Organs” in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2008, (99) 106. *Contra*: sec.2(6) en (25), sec. 5, sec. 6 en sec. 7 UAGA 2006, behoudens in geval van terminale ziekte of letsel; art. 9, leden 2 en 4 WOD.

⁴⁷⁵⁶ H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 2005, 429; memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 51-2680/1, 8; Advies van de Raad van State, *Parl. St.* Kamer 1980-81, nr. 774-1. *Vr. en Antw.* Kamer 1986-87, 14 april 1987, 2238 (Vr. nr. 62 BAUDSON); *Vr. en Antw.* Senaat 2010-11, 30 maart 2011, (Vr. nr. 5-1935 G. DE PADT); Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2005, 126; G. BAETEMAN, *Personen- en gezinsrecht*, 1992, nr. 87. A. BELHOUS, o.c., *Con. M.* 2008, (27) 34, die stelt dat het vermoeden van toestemming dan niet speelt; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 129. Zie ook: W. DREESSEN, o.c., *Jura Falc.* 1984-85, (500) 519; R. DILLEMANS, A. VAN DEN BOSSCHE en M. DE CLERCQ, *Testamenten*, 2012, 270. Vgl. Trib. Adm. Lyon 19 mei 1993, *Rec. Lebon* 1993, 511.

⁴⁷⁵⁷ Zie *supra* § 1, C.4. van deze Afdeling.

⁴⁷⁵⁸ Vgl. EDQM, “Organ Shortage: Current Status and Strategies for the Improvement of Organ Donation – A European Consensus Document”, 2003, <http://www.edqm.eu>, nr. 4.6.9.; B. DEBUSSCHERE, “De paradox van veiliger verkeer en betere zorgen op intensieve diensten”, *De Morgen* 10 januari 2005, 3; WMA Statement on Human Organ Donation and Transplantation (S-2000-01-2006); WMA Council Resolution on Organ Donation in China (CR-2006-02-2006); R. COPPEN, *Organ Donation, policy and legislation*, 2010, 124; *Vr. en Antw.* Kamer 2014-15, 23 oktober 2014, Vr. nr. 4 S. LAHAYE-BATTHEU.

⁴⁷⁵⁹ Eurobarometer - Special Survey 183-5, “Organ donation and transplant”, 2003, http://ec.europa.eu/public_opinion, 2 (slechts 31%); Eurobarometer - Special Survey 272D, “Organ donation and transplant”, 2007, http://ec.europa.eu/public_opinion, 5 (slechts 38%); Eurobarometer - Special Survey 333a, “Organ donation and transplant”, 2009, http://ec.europa.eu/public_opinion, factsheet België (slechts 36%).

⁴⁷⁶⁰ Zie ook: A. TERRASSON DE FOUGERES, o.c., *RD Sanit. Soc.* 2000, (339) 348.

⁴⁷⁶¹ Zie al *supra* Hoofdstuk II, Afd. 3, § 2, A.2.a.1) van dit Deel, alsook *Vr. en Antw.* Kamer 1999-00, 28 december 1999, (Vr. nr. 46 Y. LETERME); G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2010, 741-742 en voetnoot 513.

⁴⁷⁶² Vgl. Advies van de Raad van State, *Parl. St.* Kamer 1980-81, nr. 774-1, 18.

⁴⁷⁶³ Vgl. art. 1431 BW: “(...) het bewijs door getuigen wordt niet toegelaten tegen en boven de inhoud van de akten, en evenmin omtrent hetgeen men zou beweren voor, tijdens of sinds het opmaken te zijn gezegd, al betreft het ook een som of een waarde van minder dan 375 EUR”.

Naast de mondelinge donatieverklaring bestaat er ook nog de *stilzwijgende* donatieverklaring, waarbij de wil omtrent orgaanwegneming wordt afgeleid uit de algemene levenshouding. Ook dit type ‘donatieverklaring’ kan in principe rechtsgeldig zijn.⁴⁷⁶⁴ Wel moet het gaan om een ‘omstandig stilzwijgen’. Vanzelfsprekend is de kenbaarheid van dergelijke donatieverklaring nog precairder dan de mondelinge. Wederom zal ze vooral afhankelijk zijn van de naasten, die doorgaans geacht worden het best in staat te zijn om overeenkomstig de persoonlijke overtuiging en waarden van de overledene te beslissen.⁴⁷⁶⁵

§ 3. VOORSTEL TOT VERBETERING EN RELATIVERING

1014. Uit de voorgaande analyse volgt dat niet enkel het registratiesysteem, maar ook het systeem van niet-geregistreerde donatieverklaringen op verschillende punten voor juridische verbetering vatbaar zijn.

Inzake de *inhoud* moet voornamelijk de verhouding met andersluidende geregistreerde, maar ook niet-geregistreerde donatieverklaringen wettelijk verduidelijkt worden. Gelet op het belang van het zelfbepalingsrecht moet logischerwijze aan de recentste wilsverklaring voorrang worden gegeven.

Inzake de *hoedanigheid* van declarant moet het onderscheid tussen de toestemming en het verzet worden afgeschaft, zoals ook werd aanbevolen voor het registratiesysteem. Bovendien moet verduidelijkt worden of de vertegenwoordigingsregeling van artikel 10, § 2 Orgaantransplantatiewet ook voor niet-geregistreerde donatieverklaringen geldt.

Inzake de *consultatieplicht* is het allereerst wenselijk om deze niet te beperken tot het verzet. Hetzelfde kan gezegd worden over het misdrijf van opzettelijke verhindering van de kenbaarheid.⁴⁷⁶⁶ Ook kan best de verhouding tussen consultatie van het register en consultatie van andere informatiebronnen verduidelijkt worden. Op zijn minst moet duidelijk bepaald worden dat de naasten de voornaamste informatiebron zijn. Voorts moet worden gepreciseerd dat deze consultatieplicht slechts redelijke inspanningen vereist. In het algemeen moeten de consultatieverplichtingen in de Orgaantransplantatiewet (t.a.v. de wegnemende arts), het KB Transplantatiecentra (t.a.v. de transplantatiecoördinator) en het KB Donorcoördinatie (t.a.v. de donorcoördinator) op elkaar worden afgesteld.

1015. De waarde van niet-geregistreerde donatieverklaringen moet niettemin gerelativeerd worden. Ondanks de consultatieplicht waarborgen ze niet dezelfde kenbaarheid die het registratiesysteem kan bieden.⁴⁷⁶⁷ Wat betreft de volwaardigheid van de wilsuiting zijn weliswaar zowel de geregistreerde, als de niet-geregistreerde donatieverklaringen voor verbetering vatbaar. Maar zelfs dit punt lijkt beter remedieerbaar in geval van registratie. Voor niet-geregistreerde donatieverklaringen kan er slechts gezorgd worden voor algemene sensibilisering en informatieverstrekking, wat het geïnformeerd karakter van de beslissing kan bevorderen.⁴⁷⁶⁸

⁴⁷⁶⁴ C. LEMMENS, *Voorafgaande wilsverklaringen met betrekking tot het levenseinde*, 2013, 124; Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 1980-81, nr. 774/1, 18. Vgl. voor Frankrijk: A. CHARAF ELDINE, “Les prélèvements d’organes. Commentaire de la loi n° 76-1181 du 22 déc. 1976”, *Rev. Dr. Sanit.* 1978, (445) 452. Vgl. voor lijkbezorging: Cass. 3 juli 1899, *Pas.* 1899, I, 318, concl. MESDACH DE TER KIELE; J. DE BRUYNE, o.c., *RW* 1960-61, (823) 526.

⁴⁷⁶⁵ Zie *supra* Hoofdstuk II, Afd. 3, § 1, A en B.4. van dit Deel. Zie ook : E. GULDIX, *De persoonlijkheidsrechten, de persoonlijke levenssfeer en het privéleven in hun onderling verband*, proefschrift, VUB, 1986, nr. 664; FS, 1510-1515; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 469; H. YOUNG, o.c., *Marq. Elder’s Advisor* 2013, (197) 227.

⁴⁷⁶⁶ Art. 17, § 3, lid 2 Orgaantransplantatiewet.

⁴⁷⁶⁷ Vgl. Memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, 22.358, nr. 3, 40.

⁴⁷⁶⁸ H. NYS, o.c., *European Ethical-Legal Papers N° 4*, Leuven, 2007, 54.

De voornaamste redenen om vooralsnog het systeem van niet-geregistreerde donatieverklaring te verkiezen is zijn laagdrempeligheid en de vrijheid qua inhoud. Het registratiesysteem heeft, ondanks zijn kenbaarheidsvoordeel, een hogere drempel en laat slechts een beperkt aantal keuzes toe. Beide systemen zijn dus complementair. Aldus is het wenselijk om de bevolking voorlopig ook te wijzen op de mogelijkheid van een niet-geregistreerde donatieverklaring.

Weliswaar werden *supra* (grotendeels naar Nederlands voorbeeld) voorstellen gedaan om de drempel van het registratiesysteem te verlagen en de keuzevrijheid te vergroten. Pas indien deze voorstellen worden aangenomen, kan het registratiesysteem werkelijk de kroon spannen. Het systeem van niet-geregistreerde donatieverklaringen zou dan louter supplementair worden en niet langer gepromoot moeten worden.⁴⁷⁶⁹

⁴⁷⁶⁹ Vgl. voor Nederland: W. KOKKEDEE, “De Wet op de orgaandonatie aangenomen”, *TvGR* 1998, (202) 208.

Hoofdstuk IV. Het vermoeden van toestemming

1016. Het systeem van vermoede toestemming wordt in België beschouwd als één van de pijlers van orgaandonatie.⁴⁷⁷⁰ Bij de totstandkoming van de Orgaantransplantatiewet was dit vermoeden van toestemming weliswaar het aspect waarover het meest en hevigst gediscussieerd werd.⁴⁷⁷¹ Hoewel het debat in België sinds de goedkeuring van de Orgaantransplantatiewet enigszins is bekoeld, ligt een internationale consensus nog veraf.⁴⁷⁷² Wijselijk laten de supra- en internationale organisaties de nationale wetgevers op dit punt dan ook vrij.⁴⁷⁷³ Dit hoofdstuk beoogt het debat te analyseren en te vervatten in een coherent denkkader waarbinnen de geoorloofdheid van het toestemmingsvermoeden kan worden beoordeeld. Hiervoor wordt het vermoeden van toestemming eerst gekaderd binnen het positieve recht om het probleem te kunnen duiden (afd. 1). Van hieruit wordt onderzocht in hoeverre een vermoeden van toestemming juridisch gerechtvaardigd is of kan zijn (afd. 2).

Afdeling 1. Probleemstelling

§ 1. BEWIJS VAN DE WIL VAN DE DONOR

1017. In de huidige stand van het recht wordt orgaanwegname na overlijden beheerst door het zelfbepalingsrecht van de donor.⁴⁷⁷⁴ Het uitgangspunt is m.a.w. dat de orgaanwegname moet stroken met de wil van de donor. Het probleem is echter dat de wil van de donor niet altijd gekend zal zijn. Wanneer immers de kans op orgaanwegname ontstaat, zal de donor meestal wegens overlijden of wilsonbekwaamheid niet meer zelf zijn wil te kennen kunnen geven. Het bewijs van deze wil moet dus op een andere manier worden verkregen. Het systeem van voorafgaande donatieverklaringen biedt deels een oplossing door het bewijs via een geschrift of via getuigenissen toe te laten,⁴⁷⁷⁵ maar lang niet iedereen maakt daarvan ook daadwerkelijk gebruik.⁴⁷⁷⁶ De vraag rijst dan hoe met dit gebrek aan bewijs moet worden omgegaan. Een rechtsvergelijkend onderzoek onthult dat er *grosso modo* twee manieren zijn: een systeem van uitdrukkelijke toestemming of een systeem van vermoede toestemming.

⁴⁷⁷⁰ Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 2680/001, 5.

⁴⁷⁷¹ Vgl. voor Nederland: W. KOKKEDEE, “De Wet op de orgaandonatie aangenomen”, *TvGR* 1998, (202) 206 (het ‘grootste struikelblok’).

⁴⁷⁷² Commission staff working document - Impact Assessment, SEC(2008) 2956, <http://eur-lex.europa.eu>, 18-19.

⁴⁷⁷³ Europese Unie: considerans 21 en art. 14 Richtlijn 2010/53/EU. Zie immers het gebrek aan bevoegdheid: art. 168, lid 7 *in fine* VWEU. Zie ook: H.D.C. ROSCAM ABBING, “Public Health in the Treaty of Amsterdam (Treaty on the European Union)”, *EJHL* 1998, (171) 172; T.K. HERVEY en J.V. MCHALE, *Health Law and the European Union*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, 80; HOUSE OF LORDS EUROPEAN UNION COMMITTEE, *Increasing the supply of donor organs within the European Union. Vol. I: Report*, 2008, www.publications.parliament.uk, 9; A.-M. FARRELL, “Adding Value? EU Governance of Organ Donation and Transplantation”, *EJHL* 2010, (51) 73; H. NYS, “Organ Transplantation and the Proposed Directive on Cross Border Care”, *EJHL* 2010, vol. 17, (427) 428; A.-C. SQUIFFLET, “L’action de l’Union européenne en matière de prélèvement et de transplantation d’organes: commentaires à propos du plan d’action 2009-2015 et de la directive du 7 juillet 2010”, *T. Gez.* 2010-11, (382) 384; Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek betreffende bepaalde ethische aspecten van de wijzigingen door de wet van 25 februari 2007 aangebracht aan de wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, www.health.belgium.be, 28 (supranationale teksten mogen zich niet bemoeien met de technische regelgeving betreffende de modaliteiten voor het uiten van toestemming). *Raad van Europa*: Third Conference of European Health Ministers on Organ Transplantation, Parijs 16-17 November 1987, *VI. T. Gez.* 1987-88, (284) 286; art. 17 Transplantatieprotocol EVRM-Bio en de bijhorende memorie van toelichting, nr. 100; art. 4, lid 1, a Europees Verdrag Orgaanhandel. *WHO*: Principle 1, WHO Guiding Principles on Human Cell, Tissue and Organ Transplantation (1991 en 2010), <http://www.who.int>. *WMA*: WMA Statement on Human Organ Donation and Transplantation (S-2000-01-2006); WMA Council Resolution on Organ Donation in China (CR-2006-02-2006).

⁴⁷⁷⁴ Zie *supra* Hoofdstuk II, Afd. 2, § 1, B van dit Deel.

⁴⁷⁷⁵ Zie *supra* Hoofdstuk III van dit Deel. Vgl. art. 1314 e.v. en art. 1341 e.v. BW.

⁴⁷⁷⁶ Zie ook al: W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties: oorzaken en oplossingen in juridisch perspectief*, Arnhem, Gouda Quint, 1992, 221 en 232.

1018. Het systeem van uitdrukkelijke of expliciete toestemming (*express/explicit consent*) staat ook wel bekend als het systeem van *opt-in*, *opting-in* of *contracting-in*, dan wel gewoonweg als het instemmings- of toestemmingssysteem. De kerngedachte is telkens dat orgaanwegname verboden is tenzij er toestemming werd gegeven. Wie donor wil zijn, moet met andere woorden eerst ‘intekenen’ (*opt-in*). Dit betekent dat de arts niet tot orgaanwegname mag overgaan indien hij de toestemming niet kan bewijzen. Dit systeem wordt onder meer in Nederland,⁴⁷⁷⁷ Engeland⁴⁷⁷⁸ en de Verenigde Staten⁴⁷⁷⁹ toegepast.

1019. Het systeem van vermoede of veronderstelde toestemming (*presumed consent* of *deemed consent*) staat ook wel bekend als het systeem van *opt-out*, *opting-out* of *contracting-out*, dan wel als het (geen) bezwaar-systeem. Hier is de kerngedachte dat orgaanwegname toegelaten is tenzij hiertegen verzet of bezwaar werd geuit.⁴⁷⁸⁰ Het bewijsprobleem wordt dus opgelost via de techniek van het wettelijk vermoeden (vgl. art. 1350 BW), *in casu* een vermoeden van toestemming.⁴⁷⁸¹ Wie zwijgt, stemt toe. Wie geen donor wil zijn, moet zich ‘afmelden’ (*opt-out*). De bewijslast wordt zodoende verschoven van de wegnemende arts naar de donor-declarant (vgl. art. 1352, lid 1 BW).⁴⁷⁸² Dit systeem is in de meeste Europese rechtsstelsels, waaronder België,⁴⁷⁸³ Frankrijk⁴⁷⁸⁴ en Wales,⁴⁷⁸⁵ in voege.⁴⁷⁸⁶ In de Verenigde Staten beschikken sommige staten eveneens over een *presumed consent*-systeem, maar is de werking ervan evenwel beperkt tot hoornvlieswegname.⁴⁷⁸⁷

⁴⁷⁷⁷ Art. 9, 11 en 21 litt. A WOD. Er wordt hierbij soms gesproken van een ‘gemengd beslissysteem’, aangezien niet enkel de donor, maar soms ook de familie toestemming kan geven (D.Y.A. VAN MEERSBERGEN, “Wet op de orgaandonatie” in G.R.J. DE GROOT, T.A.M. VAN DEN ENDE, L.E. KALKMAN-BOGERD en J.J.M. LINDERS (eds.), *Gezondheidsrecht: tekst & commentaar*, Deventer, Kluwer, 2013, (1481) 1481). Er wordt eveneens gesproken van een ‘volledig beslissysteem’, aangezien voorafgaandelijk zowel toestemming, als verzet kan worden uitgedrukt (J.E.M. AKVELD, o.c., *TvGR* 1992, (62) 70; R.A.P. KOENE, “De Wet op de Orgaandonatie geëvalueerd: vooral tegenvallers”, *Ned. T. Gen.* 2002, (652) 652; D.Y.A. VAN MEERSBERGEN, o.c. in G.R.J. DE GROOT, T.A.M. VAN DEN ENDE, L.E. KALKMAN-BOGERD en J.J.M. LINDERS (eds.), *Gezondheidsrecht*, 2013, (1481) 1500; M.A.J.M. BUIJSEN en J.E.M. AKVELD, “Bijzondere patiëntenrechten” in H.E.G.M. HERMANS en M.A.J.M. BUIJSEN (eds.), *Recht en gezondheidszorg*, Maarssen, Elsevier, 2006, (163) 189).

⁴⁷⁷⁸ Sec. 1(1)(c) en schedule 1, part 1(7) HTA 2004 (vereiste van ‘appropriate consent’).

⁴⁷⁷⁹ Preambule bij de UAGA 2006; A.K. GLAZIER, “Systematic increases in organ donation: the United States experience” in A.-M. FARRELL, D. PRICE en M. QUIGLEY (eds.), *Organ shortage: ethics, law, and pragmatism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, (195) 196. Er wordt soms gesproken van ‘encouraged volunteerism’, aangezien de UAGA gericht is op het faciliteren van orgaandonatie (O. HAZONY, “Increasing the supply of cadaver organs for transplantation: recognizing that the real problem is psychological not legal”, *Health Matrix* 1993, (219) 229; J.M. DENNIS *et al.*, “An Evaluation Of The Ethics Of Presumed Consent And A Proposal Based On Required Response”, 1993, <http://optn.transplant.hrsa.gov>; G.J. BANKS, “Legal & Ethical Safeguards: Protection of Society’s Most Vulnerable Participants in a Commercialized Organ Transplantation System”, *Am. J.L. & Med.* 1995, (45) 64; D. SPELLMAN, “Encouragement is not enough: the benefits of instituting a mandated choice organ procurement system”, *Syracuse L. Rev.* 2006, (353) 361).

⁴⁷⁸⁰ Zie o.a.: J.E.M. AKVELD, *Transplantatie en wetgeving: werkelijkheid en ideaal*, Lelystad, Vermande, 1987, 122-123; H.D.C. ROSCAM ABBING, “Organ donation, the legal framework”, *Health Policy* 1990, (105) 108; GEZONDHEIDSRaad, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, Den Haag, Gezondheidsraad, 2003, nr. 2003/1, 51; H. NYS, o.c., *European Ethical-Legal Papers N° 4*, Leuven, 2007, 35; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 85; H. MAARSE en T. ISTAMTO, *De invloed van beslissystemen op de beschikbaarheid van donororganen: een internationale vergelijking*, Universiteit Maastricht, 2008, www.rijksoverheid.nl, 2; H.J.J. LEENEN, J.C.J. DUTE, J. LEGEMAATE *et al.*, *Handboek gezondheidsrecht*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014 (6^{de} ed.), 268.

⁴⁷⁸¹ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 1984-1985, nr. 832-1, 2; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Brussel, Larcier, 2010, 294. Vgl. A. DIERICKX, *Toestemming en strafrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 380-381. Zie evenwel over de atypische aard van deze bewijsregel: A. TERRASSON DE FOUGERES, “Que votre oui soit oui: plaidoyer pour un registre des acceptations de prélèvements d’organes”, *RD Sanit. Soc.* 2000, (339) 343 en 344-345.

⁴⁷⁸² D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 108; F. BILGEL, *The law and economics of organ procurement*, Cambridge, Intersentia, 2011, 19.

⁴⁷⁸³ Art. 10, § 1, lid 1 Orgaantransplantatiewet.

⁴⁷⁸⁴ Art. L1232-1, lid 2 Code de la santé publique.

⁴⁷⁸⁵ Sec. 4 Human Transplantation (Wales) Act 2013, die pas in werking is getreden op 1 december 2015 (Human Tissue Authority Code of practice 2: donation of solid organs for transplantation (2014), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, nrs. 5-6).

⁴⁷⁸⁶ Zie voor een overzicht: H. NYS, “Removal of Organs in the EU”, *European Ethical-Legal Papers N° 4*, Leuven, 2007, 36-51; NIVEL, *ACTOR study*, 2013, www.ec.europa.eu, 25 e.v.

⁴⁷⁸⁷ J.G. AUGUST, “Modern models of organ donation: challenging increases of federal power to save lives”, *Hastings Const. L.Q.* 2013, (393) 399.

Binnen het systeem van vermoede toestemming wordt een subonderscheid gemaakt tussen de zuivere/harde/sterke/strikte versie en de onzuivere/zachte/zwakke/soepele versie.⁴⁷⁸⁸ In de zuivere versie wordt enkel rekening gehouden met wilsuitingen van de donor, terwijl in de onzuivere variant aanvullend ook de wil van de nabestaanden telt.⁴⁷⁸⁹ Sinds de wetwijziging van 25 februari 2007 schrijft de Belgische Orgaantransplantatiewet de zuivere variant voor.⁴⁷⁹⁰ Deze variant wordt dan ook als uitgangspunt genomen voor de hiernavolgende analyse. De rol van de naasten in de praktijk⁴⁷⁹¹ zal aan bod komen waar dit relevant is voor de beoordeling van de wet.

§ 2. INMENGING IN HET ZELFBEPALINGSRECHT VAN DE DONOR

1020. Het vermoeden van toestemming mag dan een oplossing zijn voor het gebrek aan bewijs omtrent de wil van de donor, het brengt op zijn beurt echter een nieuw probleem mee. Verschillende Belgische en buitenlandse auteurs bekritiseren immers het systeem van vermoede toestemming vanuit het zelfbepalingsrecht van de donor. Er wordt gesteld dat dit zelfbepalingsrecht veel beter wordt gewaarborgd in een systeem van uitdrukkelijke toestemming.⁴⁷⁹² De hypothese is immers dat de wil van de potentiële donor strikt genomen niet gekend is. Het zou dus kunnen dat deze geen donor wou zijn. Met een toestemmingsvermoeden bestaat met andere woorden het risico op miskennis van de werkelijke wil van de overledene. Aldus wordt geargumenteed dat het systeem van vermoede toestemming leidt tot schending van de autonomie en van het zelfbepalingsrecht van de donor.⁴⁷⁹³ De term ‘vermoede toestemming’ wordt dan ook misleidend geacht, zodat wordt

⁴⁷⁸⁸ Dit onderscheid is evengoed mogelijk binnen het systeem van uitdrukkelijke toestemming. Aangezien in België echter een systeem van vermoede toestemming gehanteerd wordt, is deze bespreking daartoe beperkt.

⁴⁷⁸⁹ Zie o.a. : W. DREESSEN, “Orgaantransplantatie en mensenrechten”, *Jura Falc.* 1984-85, (500) 516-517; A. DEMOOR, “Transplantatie van Organen Of: Zal het recht dwingen tot naastenliefde”, *Jura Falc.* 1976-77, (69) 83 (met voorbeelden vanuit het buitenland); H. MAARSE en T. ISTAMTO, *De invloed van beslissystemen op de beschikbaarheid van donororganen: een internationale vergelijking*, Universiteit Maastricht, 2008, www.rijksoverheid.nl, 7; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 85-86, die erop wijst dat zelfs dit subonderscheid niet alle subtiele verschillen tussen de waaiers van systemen dekt; NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS, *Human bodies: donation for medicine and research*, London, Nuffield Council on Bioethics, 2011, 175; A. GARWOOD-GOWERS, “Time to Address the Problem of Post-Mortem Procurement of Organs for Transplantation Occurring without Proper Pre-mortem Consent”, *EJHL* 2013, (383) 384. Zie evenwel voor een driedelig onderscheid, naargelang de nabestaanden mogen toestemmen, dan wel verzet aantekenen: H. NYS, o.c., *European Ethical-Legal Papers N° 4*, Leuven, 2007, 52.

⁴⁷⁹⁰ M. COOPMAN, “Orgaandonatie en het tekort aan donoren in vergelijkend perspectief. De situatie in België en Nederland”, *Jura Falc.* 2007-08, (383) 386-38; J. MAELJER, “Transplantatie van organen: opnieuw bezien”, *TPR* 2008, (1) 6. Zie reeds uitvoerig over de rol van de naasten *supra* in Hoofdstuk II, Afd. 3 van dit Deel.

⁴⁷⁹¹ Zie met name *supra* Hoofdstuk II, Afd. 3, § 2, A.2.b. van dit Deel.

⁴⁷⁹² W. DREESSEN, o.c., *Jura Falc.* 1984-85, (500) 517; N. VAN GELDER, “Post-Mortem Donation – Presumed Consent for Research Purposes? A comparative study”, *CD of proceedings of the 18th World Congress on Medical Law 2010*, 2; H. NYS, “Eigendom in het medisch recht”, *RW* 1983-84, (2357) 2367; H. NYS, “Twintig jaar Wet Orgaanwegname”, *Acta Hospitalia* 2005, (77) 77. I. BOONE, “Het wegnemen en transplanteren van organen volgens het Belgische recht”, *TPR* 1996, (91) 116; A.-M. BRIELS, “Vragen op het terrein van de orgaantransplantaties” in L. APOSTEL, P. DEVROEY en H. CAMMAER (eds.), *Beschikken over lijf en leven. Ethische vragen rond vrijheid en geborgenheid*, Leuven, Acco, 1987, (27) 30; H.D.C. ROSCAM ABBING, “Zelfbeschikkingsrecht en recht op integriteit van het menselijk lichaam. Enkele kanttekeningen”, *Acta Hosp.* 1983, (5) 11; W.R. VROOM-KASTELEIN, “Toestemming voor orgaandonatie: geen bezwaar?”, *TvGR* 1986, (154) 154, 159 en 161; Memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, 22.358, nr. 3, 15, 16 en 17; H.J.J. LEENEN, J.C.J. DUTE, J. LEGEMAATE *et al.*, *Handboek gezondheidsrecht*, 2014 (6^{de} ed.), 269; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, , 107; A.A.P. GARWOOD-GOWERS en S. OLSENA, “Respect for the Individual: A Human Right in post-mortem use of the Body for Transplantation” in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J.V. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation: Ethical, Legal and Psychosocial Aspects. Expanding the European Platform*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2011, (148) 149.

⁴⁷⁹³ België: R. DIERKENS, *Lichaam en lijk. Raakpunten van recht en geneeskunde*, Brugge, die Keure, 1962, 173; Verslag HANQUET, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 832-2, 3; Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220/9, 7-9; *Hand.* Kamer 1985-86, 3 juni 1986, 1214 en 1215; A. DEMOOR, o.c., *Jura Falc.* 1976-77, (69) 82-83; W. DREESSEN, o.c., *Jura Falc.* 1984-85, (500) 517-518, met verwijzing naart art. 8 en 9 EVRM; H. NYS, “Een toestemmingsstelsel is onverenigbaar met toestemming of bezwaar door nabestaanden”, *TvGR* 2004, (343) 344; N. VAN GELDER, “Post-Mortem Donation – Presumed Consent for Research Purposes? A comparative study”, *CD of proceedings of the 18th World Congress on Medical Law 2010*, 4; X. DIJON, *La raison du corps*, Brussel, Bruylant, 2012, 152-157; C. LEMMENS, *Voorafgaande wilsverklaringen met betrekking tot het*

aangestuurd op een toestemmingsneutrale terminologie zoals ‘opting-out’ in plaats van ‘vermoede toestemming’.⁴⁷⁹⁴

1021. Zonder twijfel kan het toestemmingsvermoeden leiden tot een inmenging in het zelfbepalingsrecht van de donor. In principe wordt toestemming niet vermoed.⁴⁷⁹⁵ Het zou m.i. echter te kort door de bocht zijn om het systeem van vermoede toestemming zomaar wegens deze inmenging af te wijzen. Het zelfbepalingsrecht is immers *niet absoluut* en kan worden afgewogen tegen andere belangen.⁴⁷⁹⁶ Aangezien voor België het zelfbepalingsrecht binnen de beschermingssfeer van artikel 8, § 1 EVRM valt, kan de inmenging in dit recht meer bepaald geoorloofd zijn voor zover ze voldoet aan de drie beperkingsvoorwaarden vervat in artikel 8, § 2 EVRM.⁴⁷⁹⁷ Het toestemmingsvermoeden moet met andere woorden (1) voorzien zijn bij wet, (2) één van de opgesomde legitieme doelen dienen en (3) evenredig zijn ten aanzien van dit doel.⁴⁷⁹⁸

Al vóór de Orgaantransplantatiewet werd in sommige Belgische ziekenhuizen een systeem van vermoede toestemming gehanteerd zonder wettelijke basis.⁴⁷⁹⁹ Gelet op het wetsvereiste uit artikel 8, § 2 EVRM kan worden gesteld dat deze praktijk destijds ongeoorloofd

levenseinde, Antwerpen, Intersentia, 2013, nr. 158 en nr. 1128. Nederland: A.A.T.M. BROUNS, “Enige opmerkingen over orgaandonatie”, *TvGR* 1987, (113) 114. Engeland: J. HERRING, *Medical law and ethics*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 381; ORGAN DONATION TASKFORCE, *The potential impact of an opt out system for organ donation in the UK*, 2008, www.odt.nhs.uk, 15; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 467-468; S.A.M. MCLEAN, *Autonomy, consent and the law*, Londen, Routledge-Cavendish, 2010, 199 en 207 en 210. Verenigde Staten: R.M. VEATCH, “Routine inquiry about organ donation – An alternative to presumed consent”, *NEJM* 1991, (1246) 1247; J.M. DENNIS *et al.*, “An Evaluation Of The Ethics Of Presumed Consent And A Proposal Based On Required Response”, 1993, <http://optn.transplant.hrsa.gov>; T.R. JENSEN, “Organ procurement: various legal systems and their effectiveness”, *Hous. J. Int’l L.* 2000, (555) 573; D. SPELLMAN, *o.c.*, *Syracuse L. Rev.* 2006, (353) 366-367; H. COTTER, “Increasing consent for organ donation: mandated choice, individual autonomy, and informed consent”, *Health Matrix* 2011, (599) 618; S.N. RODRIGUEZ, “No means no, but silence means yes? The policy and constitutionality of the recent state proposals for opt-out organ donation laws”, *FIU L. Rev.* 2011, (149) 164-165 en 186.

⁴⁷⁹⁴ R.M. VEATCH en J.B. PITT, “The Myth of Presumed Consent: Ethical Problems in New Organ Procurement Strategies”, *Transpl. Proc.* 1995, (1888) 1888 en 1890; A. GARWOOD-GOWERS, *o.c.*, *EJHL* 2013, (383) 383-384 en 386-388; ORGAN DONATION TASKFORCE, *The potential impact of an opt out system for organ donation in the UK*, 2008, www.odt.nhs.uk, 11; S.A.M. MCLEAN, *Autonomy, consent and the law*, 2010, 199; M. BRAZIER en J. HARRIS, “Does ethical controversy cost lives?” in A.-M. FARRELL, D. PRICE en M. QUIGLEY (eds.), *Organ shortage*, 2011, (15) 32; BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, *Building on Progress: Where next for organ donation policy in the UK?*, 2012, www.bma.org.uk/ethics, 47. Zie ook: J. MAHONEY, “Ethical aspects of donor consent in transplantation”, *J. Med. Ethics* 1975, (67) 68, die spreekt van *conscription*; G.J. BANKS, *o.c.*, *Am. J.L. & Med.* 1995, (45) 71, die spreekt van een verhulde *organ draft*; J. HERRING, *Medical law and ethics*, 2006, 380; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 97-98 en 106-107.

⁴⁷⁹⁵ Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, www.health.belgium.be, 34.

⁴⁷⁹⁶ W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 94 en 155; I. JANSEN, “Wet op de orgaandonatie”, *Ars Aequi* 1996, (625) 630; NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS, *Human bodies*, 2011, 152; Advies nr. 54 van 10 december 2012 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek betreffende de toestemming tot wegneming *post mortem* van menselijk lichaamsmateriaal met het oog op de geneeskundige toepassing op de mens of het wetenschappelijk onderzoek, <http://www.health.belgium.be>, 41-42 en 43, [voetnoot 82](#); S. STERCKX, “Arguments démontrant le caractère non éthique de l’article 12 de la loi relative à l’obtention et à l’utilisation de matériel corporel”, *JLMB* 2013, (8) 10; D.G. ORENSTEIN en L.M. BETTINI, “Flipping the light switch: new perspectives on default to donation for organs and tissues”, *Annals Health L.* 2014, (141) 149-150. Vgl. In verband met *presumed consent*-wetgeving voor hoornvlieswegneming: *Georgia Lions Eye Bank, Inc. v. Lavant*, 335 N.E.2d 127 (Sup. C. Georgia 1985); *State v. Powell*, 497 So.2d 1188 (Fla. 1986); *Newman v. Sathyavaglswaran*, 287 F.3d 786 (US App. 9th Cir. 2002). Vgl. In verband met autopsie: *Georgia Lions Eye Bank, Inc. v. Lavant*, 335 N.E.2d 127 (Sup. C. Georgia 1985).

⁴⁷⁹⁷ A.A.P. GARWOOD-GOWERS en S. OLSENA, *o.c.* in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J.V. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2011, (148) 152.

⁴⁷⁹⁸ Zie reeds *supra* Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, C in verband met de discussie omtrent het plichtsysteem. Vgl. Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220-9, 9; Trib. Féd. Zwitserland 16 april 1997, *RUDH* 1997, 286, met verwijzing naar art. 8 EVRM.

⁴⁷⁹⁹ L. BOSMAN en M.L. LEROY-SWAANS, “Implications juridiques et morales des prélèvements et greffes d’organes”, *Rev. Méd. Liège* 1968, (588) 600; J. MATTHIJS, “Bedenkingen ten behoeve van een transplantatiewet”, *RW* 1971-72, (209) 224-225; S. OSCHINSKY, “Les travaux du Conseil de l’Europe dans le domaine du droit de la médecine”, *JT* 1980, (1) 4; H. NYS, *o.c.*, *RW* 1983-84, (2357) 2370-2371; P. MICHIELSEN, “Presumed consent to organ donation: 10 years’ experience in Belgium”, *J. R. Soc. Med.* 1996, vol. 89, (663) 664; I. BOONE, *o.c.*, *TPR* 1996, (91) 95; Advies nr. 45 van 19 januari 2009 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek betreffende de banken van menselijk lichaamsmateriaal bestemd voor het onderzoek, www.health.belgium.be, 8.

was.⁴⁸⁰⁰ Nu zit het toestemmingsvermoeden vervat in artikel 10, § 1, lid 1 Orgaantransplantatiewet. Artikel 8, § 2 EVRM veronderstelt dat het om een duidelijke wet met voorzienbare gevolgen gaat.⁴⁸⁰¹ Op het eerste gezicht lijkt dit voor België geen probleem te geven. De vervulling van de andere voorwaarden (legitiem doel en evenredigheid) is daarentegen niet zo eenvoudig te beoordelen. Hieronder zal er daarom een aparte afdeling aan worden gewijd.

Afdeling 2. Zoeken naar een evenredige oplossing

1022. Eerst zal worden nagegaan in hoeverre het systeem van vermoede toestemming een legitiem doel in de zin van artikel 8, § 2 EVRM dient. Hierbij zal de klemtoon hoofdzakelijk liggen op het belang van de orgaanontvangers (§ 1). Vervolgens kan de evenredigheid worden onderzocht. Dit gebeurt in twee stappen. Eerst moet worden nagegaan in welke mate het toestemmingsvermoeden juist leidt tot een inperking van het zelfbepalingsrecht van de donor. Hierbij zal de nadruk dus liggen op het belang van de donor (§ 2). Daarna worden de belangen van de ontvangers en de belangen van de donor tegenover elkaar geplaatst en afgewogen. Zo zal de eindbalans *pro* of *contra* het systeem van vermoede toestemming kunnen worden opgemaakt (§ 3).

§ 1. HET BELANG VAN DE ONTVANGERS

1023. Vaak wordt gesteld dat het systeem van vermoede toestemming steunt op het belang van intermenselijke solidariteit.⁴⁸⁰² Dit belang volstaat m.i. echter niet als doel op zich.⁴⁸⁰³ In het raam van artikel 8, § 2 EVRM is het pertinent om te stellen dat het toestemmingsvermoeden gericht is op het legitieme belang van de volksgezondheid en de rechten van anderen, namelijk de kandidaat-orgaanontvangers.⁴⁸⁰⁴ De idee is dat deze soepele toestemmingsregeling tot meer orgaanwegnemingen en dus een hoger orgaanaanbod zou

⁴⁸⁰⁰ Vgl. ook : H.D.C. ROSCAM ABBING, “Belangen en wetgever” in J.E.M. AKVELD *et al.* (eds.), *Orgaandonatie, een kwestie van bereidheid*, Lelystad, Koninklijke Vermande, 1988, (97) 101-102; Rb. Charleroi 2 april 1993, *RGAR* 1994, 12.315; M. COOPMAN, *o.c.*, *Jura Falc.* 2007-08, (383) 387.

⁴⁸⁰¹ Cf. reeds *supra* Deel IV, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2 C.1.

⁴⁸⁰² J.M.M. MAEIJER, “Transplantatie van organen en het privaatrecht”, *TPR* 1969, (153) 160; Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 1984-1985, nr. 832/1, 2 en 9; Verslag HANQUET, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 832/2, 8-9; Verslag MINET, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 832-2, 33; Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220/9, 3 en 12-17; *Hand.* Kamer 1985-86, 3 juni 1986, 1205; S. OSCHINSKY en Y. OSCHINSKY, “Prélèvement et transplantation d’organes”, *JT* 1987, (169) 172; I. BOONE, *o.c.*, *TPR* 1996, (91) 116-117; P. SCHOTSMANS, *Handboek medische ethiek*, 2008, Leuven, LannooCampus, 2008, 169; M. COOPMAN, *o.c.*, *Jura Falc.* 2007-08, (383) 383-384 en 385; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2010, 738 *a contrario*; Advies nr. 54 van 10 december 2012 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, <http://www.health.belgium.be>, 42; H. NYS en G. VAN BEEUMEN, “Juridische aspecten” in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, Leuven, Acco, 2014, (38) 39; J.E.M. AKVELD, “Het Voorstel van wet op de Orgaandonatie gewogen”, *TvGR* 1992, (62) 75; P. EGÉA, “Prélèvement *post mortem*, consentement présumé et obligation d’information” (noot onder Adm. Trib. Amiens 14 december 2000), *D.* 2001, (3310) 3312-3313; AGENCE DE LA BIOMÉDICINE, “Bilan d’application de la loi de bioéthique du 6 août 2004”, 2008, deel 1, 7.

⁴⁸⁰³ Zie ook kritisch: H.D.C. ROSCAM ABBING, *o.c.* in J.E.M. AKVELD *et al.* (eds.), *Orgaandonatie, een kwestie van bereidheid*, 1988, (97) 99.

⁴⁸⁰⁴ Vgl. Trib. Féd. Zwitserland 16 april 1997, *RUDH* 1997, 286; A.A.P. GARWOOD-GOWERS en S. OLSENA, *o.c.* in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J.V. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2011, (148) 152; Y.-H. LELEU en G. GENICOT, “La maîtrise de son corps par la personne”, *JT* 1999, (589) 592 en 593; A.-M. BRIELS, *o.c.* in L. APOSTEL, P. DEVROEY en H. CAMMAER (eds.), *Beschikken over lijf en leven*, 1987, (27) 30 en 32; S.N. RODRIGUEZ, *o.c.*, *FIU L. Rev.* 2011, (149) 169-170; I. JANSSEN, *o.c.*, *Ars Aequi* 1996, (625) 630; D. PRICE, “Promoting organ donation: challenges for the future” in A.-M. FARRELL, D. PRICE en M. QUIGLEY (eds.), *Organ shortage*, 2011, (245) 266-267; Memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, 22.358, nr. 3, 14.

leiden. Gelet op het orgaantekort zou dit het gezondheids- of zelfs levensbelang van de ontvangers ten goede komen.⁴⁸⁰⁵

Door de behartiging van het belang van de ontvangers zouden onrechtstreeks nog andere belangen in de zin van artikel 8, § 2 EVRM gediend kunnen worden, wat het ontvangerbelang bijkomend gewicht geeft. Met meer (nier-)transplantaties zou het sociale zekerheidssysteem immers kunnen besparen op de hoge dialysekosten, wat het ‘economische welzijn van het land’ zou dienen.⁴⁸⁰⁶ Evenzo zullen meer orgaanwegnemingen na overlijden de gezondheid en de bescherming van het recht op fysieke integriteit van de potentiële levende donoren behartigen, aangezien er dan minder personen de gezondheidsrisico’s van orgaanwegnemig bij leven moeten ondergaan.⁴⁸⁰⁷

1024. Het volstaat uiteraard niet dat het systeem van vermoede toestemming gericht is op het belang van de ontvangers. Het moet dit belang logischerwijze ook effectief ten goede komen door het orgaanaanbod te bevorderen.⁴⁸⁰⁸ Er moet met andere woorden een *causaal verband* tussen het toestemmingsvermoeden en een hoger orgaanaanbod bestaan. Hoe sterker het bewijs van causaal verband, hoe sterker het argument voor een toestemmingsvermoeden. Welnu, veelvuldig empirisch onderzoek bevestigt telkens dat de invoering van een *presumed consent*-stelsel in verschillende landen, waaronder België,⁴⁸⁰⁹ heeft geleid tot een belangrijke stijging van het aantal overleden donoren. Ook nu toont een rangschikking van verschillende landen aan dat de hoogste donoraantallen doorgaans in de landen met een systeem van vermoede toestemming voorkomen.⁴⁸¹⁰ Er bestaat echter grote verdeeldheid omtrent de interpretatie van

⁴⁸⁰⁵ Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 832/1, 2, 3 en 9; Verslag HANQUET, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 832/2, 8-9; Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220/9, 12-17; H.J.J. LEENEN, “Gezondheidsrechtelijke aspecten van orgaantransplantatie”, *NJB* 1978, (871) 877 ; N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, Antwerpen, Intersentia, 2015, nrs. 71 en 163.

⁴⁸⁰⁶ Vgl. *supra* Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, C.2. van dit Deel in verband met het plichtsysteem. Zie ook: Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220-9, 6 (*contra*) en 13 (*pro*) ; C. WILLIAMS, “Combating the problems of human rights abuses and inadequate organ supply through presumed donative consent”, *Case W. Res. J. Int’l L.* 1994, (315) 360-361.

⁴⁸⁰⁷ Vgl. opnieuw *supra* Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, C.2. van dit Deel in verband met het plichtsysteem. Zie ook: C. WILLIAMS, *o.c.*, *Case W. Res. J. Int’l L.* 1994, (315) 360-361 ; A.C. MACDONALD, “Organ donation: the time has come to refocus the ethical spotlight”, *Stan. L. & Pol’y Rev.* 1997, (177) 179, die erop wijst dat een levende donor wegens de ziekenhuisopname en *follow-up* meer kost dan een overleden donor; Trib. Féd. Zwitserland 16 april 1997, *RUDH* 1997, 286, waar wordt gewezen op de mogelijkheid om zo misbruiken in het raam van orgaanhandel te vermijden.

⁴⁸⁰⁸ Verslag HANQUET, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 832-2, 9. Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220-9, 12-13; A.-M. BRIELS, *o.c.* in L. APOSTEL, P. DEVROEY en H. CAMMAER (eds.), *Beschikken over lijf en leven*, 1987, (27) 34; W.R. VROOM-KASTELEIN, *o.c.*, *TvGR* 1986, (154) 162; J.E.M. AKVELD, *Transplantatie en wetgeving*, 1987, 126-128 en 135; Opinion 2.155 – Presumed Consent and Mandated Choice for Organs from Deceased Donors, AMA Code of Medical Ethics, <http://www.ama-assn.org>; A.A.P. GARWOOD-GOWERS en S. OLSENA, *o.c.* in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J.V. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2011, (148) 152; J. SIJMONS, “Beschikken over organen na overlijden: organen als collectieve nalatenschap?”, *NTBR* 2013, (259) 263. Vgl. de overweging dat *presumed consent* tot meer hoornvliezen leidde in: *Georgia Lions Eye Bank, Inc. v. Lavant*, 335 N.E.2d 127 (Sup. C. Georgia 1985); *State v. Powell*, 497 So.2d 1188 (Fla. 1986). Schijnbaar *contra*: M.A.J.M. BUIJSEN, “Een geen-bezwaarsysteem voor post mortem orgaandonatie: een kwestie van principe”, *AA* 2003, (22) 23 en 25 en M. BUIJSEN, “Een stapje dichterbij een geen-bezwaarsysteem?”, *Ars Aequi* 2014, (93) 97, waar wordt gesteld dat het geen-bezwaarsysteem ook op principiële gronden kan worden verdedigd; H. NYS, *o.c.*, *TvGR* 2004, (343) 345, die stelt dat de wezenlijk vraag betrekking heeft op het type mensbeeld men wil aanhangen.

⁴⁸⁰⁹ Hierbij wordt vaak verwezen naar het voorbeeld van het UZ Antwerpen versus het UZ Leuven. Bij de invoering van het systeem van vermoede toestemming paste het UZ Antwerpen dit systeem aanvankelijk niet toe en bestond er qua donoraantal geen verschil met voorheen. Het UZ Leuven paste het toestemmingsvermoeden daarentegen wel toe, waardoor er daar meer donoren werden verkregen. Zie o.a. : W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 139-143; P. MICHELSSEN, *o.c.*, *J. R. Soc. Med.* 1996, vol. 89, (663) 665.

⁴⁸¹⁰ H. MAARSE en T. ISTAMTO, *De invloed van beslissystemen op de beschikbaarheid van donororganen: een internationale vergelijking*, Universiteit Maastricht, 2008, www.rijksoverheid.nl, 16; P. BORRY *et al.*, “Donation after Uncontrolled Cardiac Death (uDCD): A Review of the Debate from European Perspective”, *J.L. Med. & Ethics* 2008, (752) 756-757 ; M. COOPMAN, *o.c.*, *Jura Falc.* 2007-08, (383) 416.

deze empirische gegevens. Er kan in het algemeen een onderscheid worden gemaakt tussen twee strekkingen.⁴⁸¹¹

Volgens de ene strekking leveren de bestaande empirische gegevens geen overtuigend bewijs van een causaal verband tussen een hoger orgaanaanbod en het toestemmingsvermoeden.⁴⁸¹² De aanhangers van deze strekking schrijven het hoger orgaanaanbod in de *presumed consent*-landen veeleer toe aan andere landenspecifieke factoren, zoals hogere mortaliteit van potentiële donoren (bv. meer verkeersdoden), organisationele verbeteringen (cf. het ‘Spaanse model’)⁴⁸¹³ en sensibilisering.⁴⁸¹⁴ Er wordt voorts op gewezen dat zowel in rechtstelsels mét als zonder toestemmingsvermoeden in de praktijk doorgaans de wil van de naasten primeert.⁴⁸¹⁵ Hierdoor zou het verschil tussen het systeem van vermoede toestemming en het systeem van uitdrukkelijke toestemming vervagen.⁴⁸¹⁶ Er wordt soms zelfs gesteld dat het systeem van vermoede toestemming onder bepaalde omstandigheden (bv. wantrouwen van het publiek) veeleer verzetsuitingen kan uitlokken en dus tot een daling van het aantal donaties kan leiden.⁴⁸¹⁷

Volgens de andere strekking bewijzen de empirische gegevens wel degelijk dat het wettelijke toestemmingsvermoeden tot een hoger orgaanaanbod leidt.⁴⁸¹⁸ Weliswaar is men

⁴⁸¹¹ Vgl. NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS, *Human bodies*, 2011, 176; J.G. AUGUST, o.c., *Hastings Const. L.Q.* 2013, (393) 398-399.

⁴⁸¹² Zie o.a.: Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220-9, 16; *Hand. Kamer* 1985-86, 3 juni 1986, 1221; A.-M. BRIELS, o.c. in L. APOSTEL, P. DEVROEY en H. CAMMAER (eds.), *Beschikken over lijf en leven*, 1987, (27) 34; Vraag nr. 160 A. TURTELBOOM van 20 april 2004, *T. Gez.* 2004-05, 339; A.-M. FARRELL, “Addressing organ shortage in the European Union: getting the balance right” in A.-M. FARRELL, D. PRICE en M. QUIGLEY (eds.), *Organ shortage*, 2011, (227) 235; H.D.C. ROSCAM ABBING, o.c., *Health Policy* 1990, (105) 108; A.A.P. GARWOOD-GOWERS en S. OLSENA, o.c. in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J.V. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2011, (148) 152; C. LEMMENS, *Voorafgaande wilsverklaringen met betrekking tot het levenseinde*, 2013, nr. 158 en nr. 1128.; Commission staff working document - Impact Assessment, SEC(2008) 2956, <http://eur-lex.europa.eu>, 11 met verwijzing naar ALLIANCE-O; European Directorate for the Quality of Medicines and HealthCare, “Organ Shortage: Current Status and Strategies for the Improvement of Organ Donation – A European Consensus Document”, 2003, <http://www.edqm.eu>, nr. 4.6.3.; D. RODRÍGUEZ-ARIAS, “The social acceptability of implementing morally challenging strategies to increase donor rates” in G. RANDHAWA en S. SCHICKTANZ (eds.), *Public Engagement in Organ Donation and Transplantation*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2013, (70) 73.

⁴⁸¹³ Zie *supra* Deel III, Hoofdstuk II, Afd. 1, § 3, A.

⁴⁸¹⁴ R. COPPEN, *Organ Donation, policy and legislation. With special reference to the Dutch Organ Donation Act*, Utrecht, NIVEL, 2010, 51, 55-58, 64-65, 68, 103-105, 106-107, 109, 111, 140 en 146; ORGAN DONATION TASKFORCE, *The potential impact of an opt out system for organ donation in the UK*, 2008, www.odt.nhs.uk, 22-23; E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen. De praktijk van postmortale orgaandonatie: een kritische beschouwing*, Utrecht, Van der Wees, 1999, 329; RATHENAU INSTITUUT, *Tekort aan donororganen nauwelijks oplosbaar*, Den Haag, Rathenau uitgave, 2002, 8; P. DE CRUZ, *Comparative healthcare law*, Londen, Cavendish, 2001, 557; D.P. ENGBERTS en Y.M. KOSTER-REIDSMA, “Orgaantransplantatie en bloedtransfusie” in D.P. ENGBERTS en L.E. KALKMAN-BOGERT (eds.), *Gezondheidsrecht*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum, 2009 (2^{de} ed.), (121) 128; S.T. GALLAGHER, “The Spanish Model’s Capacity to Save Lives by Increasing Organ Donation Rates”, *Temp. Int’l. & Comp. L.J.* 2004, (403) 408; H. NYS, “Legal Protection of the Deceased Organ Donor in Europe” in A. DEN EXTER (ed.), *Human rights and biomedicine*, Antwerpen, Maklu, 2010, (221) 229; M. NAVARRO-MICHEL, “Institutional organisation and transplanting the ‘Spanish Model’” in A.-M. FARRELL, D. PRICE en M. QUIGLEY (eds.), *Organ shortage*, 2011, (151) 151 en 166-167; S.N. RODRIGUEZ, o.c., *FIU L. Rev.* 2011, (149) 163-164; S.A.M. MCLEAN, *Autonomy, consent and the law*, 2010, 203-204 en 208; M. COOPMAN, o.c., *Jura Falc.* 2007-08, (383) 413-414; M. DEFEVER, o.c., *Health policy* 1990, (95) 99.

⁴⁸¹⁵ Zie inderdaad *supra* Hoofdstuk II, Afd. 3, § 2, A.2.b. van dit Deel. In de praktijk worden m.a.w. de ‘onzuivere’ varianten van beide systemen gehanteerd.

⁴⁸¹⁶ C. TROUET, *Van lichaam naar lichaamsmateriaal. Nader gebruik van cellen en weefsels*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 296; J.K.M. GEVERS en R.D. FRIELE, “Beslissen over postmortale orgaandonatie: tussen toestemming en bezwaar”, *NJB* 2004, (2032) 2035-2036; S. GEVERS, A. JANSSEN en R. FRIELE, “Consent Systems for Post Mortem Organ Donation in Europe”, *EJHL* 2004, (175) 176 en 183-184; Commission staff working document - Impact Assessment, SEC(2008) 2956, <http://eur-lex.europa.eu>, 11; J. MAEIJER, o.c., *TPR* 2008, (1) 6; R. COPPEN, *Organ Donation, policy and legislation*, 2010, 115-116; M.F. ANDERSON, “The Future of Organ Transplantation: From Where Will New Donors Come, to Whom Will Their Organs Go?”, *Health Matrix* 1995, vol. 5, (249) 260; R.A. SELLS, “What is Transplantation Law and Whom Does It Serve?”, *Transpl. Proc.* 2003, vol. 35, (1191) 1193.

⁴⁸¹⁷ R.M. VEATCH, o.c., *NEJM* 1991, (1246) 1247-1248; T.R. JENSEN, o.c., *Hous. J. Int’l L.* 2000, (555) 558-563, over de afschaffing van het *presumed consent*-systeem in Brazilië; S. GEVERS, A. JANSSEN en R. FRIELE, o.c., *EJHL* 2004, (175) 184; J.F. CHILDRESS, “Organ Donation after Circulatory Determination of Death: Lessons and Unresolved Controversies”, *J.L. Med. & Ethics* 2008, (766) 769; A.J.M. DIJKER en M.M.N. STIJNEN, “Orgaandonatie: altruïsme, coöperatie of beide?”, *Ned. T. Gen.* 2009, 592-594.

⁴⁸¹⁸ Zie o.a. voor België: Verslag HANQUET, *Parl. St. Senaat* 1984-85, nr. 832-2, 4 en 7; Verslag MINET, *Parl. St. Senaat* 1984-85, nr. 832-2, 32; Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220-9, 16; S. OSCHINSKY en Y. OSCHINSKY, o.c., *JT* 1987, (169) 171; I. BOONE, o.c., *TPR* 1996, (91) 117; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation*

binnen deze strekking doorgaans genuanceerd. Er wordt erkend dat de invloed van het toestemmingsvermoeden moeilijk kan worden geïsoleerd van de andere factoren die het orgaanaanbod kunnen beïnvloeden. Aldus wordt behoedzaam gesteld dat het toestemmingsvermoeden kan worden beschouwd als één van de factoren die tot een hoger orgaanaanbod leiden.⁴⁸¹⁹ Deze strekking is m.i. de meest overtuigende. Naast de cijfergegevens vindt ze immers ook steun doordat de orgaanvermeerderende invloed van het toestemmingsvermoeden plausibel kan worden verklaard. Sommigen menen dat een systeem van uitdrukkelijke toestemming evengoed het orgaanaanbod kan vergroten indien dit wordt gecombineerd met sensibiliseringsacties.⁴⁸²⁰ Echter, ondanks uitgebreide sensibiliseringscampagnes⁴⁸²¹ heeft voorlopig slechts een beperkt aantal mensen zich in België als donor laten registreren.⁴⁸²² Het toestemmingsvermoeden zal dit stilzwijgen opvangen, in tegenstelling tot een vereiste van uitdrukkelijke toestemming.⁴⁸²³ Hiertegen kan worden ingebracht dat het systeem van vermoede toestemming in de praktijk doorgaans ‘onzuiver’ is en er dus niettegenstaande het toestemmingsvermoeden rekening wordt gehouden met het verzet of de toestemming van de naasten, zodat het voordeel van het toestemmingsvermoeden ongedaan wordt gemaakt.⁴⁸²⁴ Maar zelfs dan nog zal het vermoeden van toestemming op een

des éléments et produits du corps humain, Brussel, Services fédéraux des affaires scientifiques, techniques et culturelles, 1996, 59 e.v.; B. ROELS en Y. VANRENTERGHEM, “Legislative aspects of organ and tissue donation in Belgium”, *Ann. Transplant* 2001, nr. 4, (39) 43; *Vr. en Antw.* Kamer 1999-00, 28 december 1999, (Vr. nr. 46 Y. LETERME); C. TROUET, *Van lichaam naar lichaamsmateriaal*, 2003, 118; *Vr. en Antw.* Kamer 2003-04, 20 april 2004, Vr. nr. 160 A. TURTELBOOM; A.-C. SQUIFFLET, o.c., *Ann. Dr. Louvain* 2011, (357) 388-389; M. HELBERT, “Levende donor niertransplantatie in België anno 2012”, *Orpadt forum* 2012, jaargang 12, nr. 1, (10) 13; Verslag BROTCHE en TEMMERMAN, *Parl. St. Senaat* 2010-11, nr. 5-666/3, 29, 42; Verslag BURGEON, *Parl. St. Kamer* 2011-12, nr. 2158/2, 4; verslag MAHOUX en LIJNEN, *Parl. St. Senaat* 2011-12, nr. 5-1641/2, 6; Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 17 september 2011 betreffende de wetsvoorstellen tot wijziging van de wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, www.ordomedic.be; Advies van 12 september 2011 over de draagwijdte en de visie die ten grondslag liggen aan de wetsvoorstellen nr. 5-666, 5-667, 5-897, 5-922 en 5-1024 over orgaandonatie, die in de Senaat worden besproken, *Jaarboek en Verslagen van de Koninklijke Academie voor Geneeskunde van België* 2011, 73; advies van 12 september 2011, *Jaarboek en Verslagen van de Koninklijke Academie voor Geneeskunde van België* 2011, 73; advies nr. 54 van 10 december 2012 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, <http://www.health.belgium.be>, 42; Advies nr. 9177 van de Hoge Gezondheidsraad, “Wetsvoorstel tot wijziging van de wet van 19 december 2008 inzake het verkrijgen en het gebruik van menselijk lichaamsmateriaal met het oog op de geneeskundige toepassing op de mens of het wetenschappelijk onderzoek, aangaande de productie van geneesmiddelen voor geavanceerde allogene therapie”, <http://www.health.fgov.be>, 15; H. NYS en G. VAN BEEUMEN, o.c. in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (38) 38. Overige: S.A. WILCOX, “Presumed consent organ donation in Pennsylvania: one small step for Pennsylvania, one giant leap for organ donation”, *Dick. L. Rev.* 2003, (935) 938-939; R. RIEU, “The potential impact of an opt-out system for organ donation in the UK”, *J. Med. Ethics* 2010, (534) 537.

⁴⁸¹⁹ W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 138-145, 226-227 en 305-306; H. MAARSE en T. ISTAMTO, *De invloed van beslistelsystemen op de beschikbaarheid van donororganen: een internationale vergelijking*, Universiteit Maastricht, 2008, www.rijksoverheid.nl, 4-5, 16, 17, 24, 26-35, 32 en 34 (met specifiek kritiek op de studie van R. Coppen); P. MICHIELSEN, o.c., *J. R. Soc. Med.* 1996, vol. 89, (663) 664-666; BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, *Organ donation in the 21st century*, London, BMA, 2000, 14-15; BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, *Building on Progress*, 2012, www.bma.org.uk/ethics, 47-49; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 88-92; K. GUNDLE, “Presumed Consent: An International Comparison and Possibilities for Change in the United States”, *Camb. Q. Healthc. Ethics* 2005, (113) 114-115; F. BILGEL, *The law and economics of organ procurement*, 2011, 74 en 135-136; G.G. PERSIJN en B. COHEN, “Self-sufficiency in Europe: Evaluation of Needs” in Y. ENGLERT (ed.), *Organ and Tissue Transplantation in the European Union: Management of Difficulties and Health Risks Linked to Donors*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, (157) 163-164; P. BORRY et al., o.c., *J.L. Med. & Ethics* 2008, (752) 756-757; A. RITHALIA et al., “Impact of presumed consent for organ donation on donation rates: a systematic review”, *BMJ online* 2009, 1-8; F. VAN GELDER et al., “An 11-Year Overview of the Belgian Donor and Transplant Statistics Based on a Consecutive Yearly Data Follow-up and Comparing Two Periods: 1997 to 2005 Versus 2006 to 2007”, *Transpl. Proc.* 2009, vol. 41, (569) 569 en 571.

⁴⁸²⁰ Zie o.a. in die zin: W. DREESSEN, o.c., *Jura Falc.* 1984-85, (500) 517; Verslag HANQUET, *Parl. St. Senaat* 1984-85, nr. 832-2, 3; Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220-9, 9-10; W.R. VROOM-KASTELEIN, o.c., *TvGR* 1986, (154) 161 en 162; ORGAN DONATION TASKFORCE, *The potential impact of an opt out system for organ donation in the UK*, 2008, www.odt.nhs.uk, 21, 33 en 34; S.N. RODRIGUEZ, o.c., *FIU L. Rev.* 2011, (149) 174-176.

⁴⁸²¹ Zie *supra* Deel II, Hoofdstuk I, Afd. 1, § 2, B.

⁴⁸²² Zie *supra* Hoofdstuk III, Afd. 1, § 1, A.2. van dit Deel.

⁴⁸²³ Vgl. Memorie van toelichting, *Parl. St. Senaat* 1984-1985, nr. 832/1, 3; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 91; J.-M. PIRET, “Organ Procurement and Allocation: Tragic Choices and Utilitarian Redefinitions of Death” in A. DEN EXTER en M. BUIJSSEN (eds.), *Rationing Health Care. Hard Choices and Unavoidable Trade-offs*, Maklu, Antwerpen, 2012, (87) 95.

⁴⁸²⁴ Zie eerder in dit randnummer, alsook: H.D.C. ROSCAM ABBING, o.c., *Health Policy* 1990, (105) 108.

subtiële manier kunnen bijdragen tot een hoger orgaanaanbod. Het vermoeden van toestemming biedt de artsen immers rechtszekerheid en zal hen motiveren om mee te werken aan de orgaanwegnemingsinspanningen.⁴⁸²⁵ In plaats van toestemming te moeten vragen kunnen de artsen aan de naasten communiceren dat er in beginsel een orgaanwegneming mag plaatsvinden tenzij de naasten zich verzetten. Dit zal voor de artsen het gesprek psychosociaal vereenvoudigen.⁴⁸²⁶ Doordat het toestemmingsvermoeden orgaandonatie als de norm vooropstelt, zullen de naasten zich mogelijk minder snel verzetten, wetende dat de donor zich evenmin verzette.⁴⁸²⁷ Hoe dan ook zal het toestemmingsvermoeden van pas komen indien de naasten niet of niet tijdig kunnen worden gevonden.⁴⁸²⁸ De empirische gegevens over het verband tussen het toestemmingsvermoeden en het orgaanaanbod vormen bijgevolg alvast een argument *pro* het toestemmingsvermoeden.

§ 2. HET BELANG VAN DE DONOREN

1025. Vervolgens moet worden nagegaan in hoeverre het toestemmingsvermoeden leidt tot een inperking van het zelfbepalingsrecht van de donor. Hiervoor zijn met name drie parameters van belang. Eerst moet gekeken worden naar de waarachtigheid van het toestemmingsvermoeden (*infra* A). Vervolgens speelt ook de weerlegbaarheid van dit vermoeden een rol (*infra* B). Ten slotte moet ook rekening worden gehouden met eventuele uitzonderingen op het toestemmingsvermoeden (*infra* C).

A. De waarachtigheid van het toestemmingsvermoeden

1026. Zoals gezegd, wordt het *presumed consent*-systeem bekritiseerd omwille van het risico dat het toestemmingsvermoeden niet overeenstemt met de werkelijke wil van de donor en zo het zelfbepalingsrecht zou schenden.⁴⁸²⁹ Het alternatieve systeem van uitdrukkelijke toestemming berust echter evengoed op een vermoeden, namelijk een vermoeden van verzet (*presumed refusal*).⁴⁸³⁰ Ook bij dit vermoeden bestaat het risico dat de werkelijke wil van de

⁴⁸²⁵ Vgl. P. MICHIELSEN, o.c., *J. R. Soc. Med.* 1996, vol. 89, (663) 664, 665 en 666; B.J. BOYARSKY *et al.*, “Potential Limitations of Presumed Consent Legislation”, *Transplantation* 2012, (136) 139-140.

⁴⁸²⁶ Vgl. H. RIGTER en M.A. BOS, “The diffusion of organ transplantation in Western Europe”, *Health Policy* 1990, vol. 16, (133) 141; W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 157, 227 en 245; “België wereldwijd koploper voor orgaandonatie”, *De Morgen* 26 januari 2012.

⁴⁸²⁷ Vgl. M.F. ANDERSON, o.c., *Health Matrix* 1995, vol. 5, (249) 260; L. ROELS, G. DESCHOOLMEESTER en Y. VANRENTERGHEM, “A Profile of People Objecting to Organ Donation in a Country With a Presumed Consent Law: Data From the Belgian National Registry”, *Transpl. Proc.* 1997, vol. 29, (1473) 1473; B. ROELS en Y. VANRENTERGHEM, o.c., *Ann. Transplant* 2001, nr. 4, (39) 43; J.K.M. GEVERS en R.D. FRIELE, o.c., *NJB* 2004, (2032) 2036; H. NYS, o.c., *European Ethical-Legal Papers N° 4*, Leuven, 2007, 56; B.J. BOYARSKY *et al.*, “Potential Limitations of Presumed Consent Legislation”, *Transplantation* 2012, (136) 139-140; D.G. ORENSTEIN en L.M. BETTINI, o.c., *Annals Health L.* 2014, (141) 142, 155-159; S.N. RODRIGUEZ, o.c., *FIU L. Rev.* 2011, (149) 151; L. CHERKASSKY, “Presumed Consent in Organ Donation: Is the Duty Finally upon Us?”, *EJHL* 2010, (149) 164; D. PRICE, “From Cosmos and Damian to Van Velzen: The Human Tissue Sage Continues”, *Med. L. Rev.* 2003, (1) 18-19; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 117; S.A. WILCOX, o.c., *Dick. L. Rev.* 2003, (935) 951; J.M. DENNIS *et al.*, “An Evaluation Of The Ethics Of Presumed Consent And A Proposal Based On Required Response”, 1993, <http://optn.transplant.hrsa.gov>; BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, *Building on Progress: Where next for organ donation policy in the UK?*, 2012, www.bma.org.uk/ethics, 52; NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS, *Human bodies*, 2011, 176; S. TACK, “Leven doorgeven. Een beschrijvend onderzoek naar de prelevatieprocedure bij ‘non-heart-beating’ donoren met specifieke aandacht voor nierdonatie”, *Orpadt forum* 2006, jaargang 7, nr. 1, (20) 24.

⁴⁸²⁸ Vgl. R.M. VEATCH, o.c., *NEJM* 1991, (1246) 1247; M.F. ANDERSON, o.c., *Health Matrix* 1995, vol. 5, (249) 260; A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation: Key Legal and Ethical Issues*, Aldershot, Ashgate, 1999, 25; Trib. Féd. Zwitserland 16 april 1997, *RUDH* 1997, 286; G.K. SHEN, P.A. NILES en K.E. RICHARDSON, “Presumed consent: the case of the John Doe donor”, *Transplantation* 2004, 792-793. Zie echter over ongeïdentificeerde overledenen *infra* Afd. 2, § 2, C.2. van dit Hoofdstuk.

⁴⁸²⁹ Zie *supra* Afd. 1, § 2 van dit Hoofdstuk.

⁴⁸³⁰ J.-G. HENTZ, “Par-delà le triptyque gratuité, anonymat et consentement présumé dans les dons d’organes” in M.-J. THIEL (ed.), *Donner, recevoir un organe: droit, dû, devoir*, Straatsburg, Presses universitaires de Strasbourg, 2009, (334) 336; S.N. RODRIGUEZ,

donor wordt miskend.⁴⁸³¹ Het feit dat potentiële donoren nalaten om (geregistreerd of niet-geregistreerd) toestemming uit te drukken, betekent immers niet noodzakelijk dat ze geen donor willen zijn. Het gebrek aan wilsuiking kan ook een andere oorzaak hebben, zoals de afkeer om zich tijdens het leven bezig te houden met de eigen dood, een gebrek aan kennis over orgaandonatie en/of zelfs de vrees dat de artsen mits voorafgaande kennis van de donorstatus geneigd zullen zijn om de patiënt minder doorgedreven te behandelen.⁴⁸³²

Er moet bijgevolg een keuze worden gemaakt tussen twee wettelijke vermoedens. Er kan worden aangenomen dat een wettelijk vermoeden in principe de meest waarschijnlijke situatie moet weerspiegelen (*praesumptio ex eo quod plerumque fit*).⁴⁸³³ Dit zorgt er immers voor dat het wettelijke vermoeden meestal ook feitelijk juist is, en zal dus het best rechtszekerheid met rechtvaardigheid verzoenen. In het licht van het zelfbepalingsrecht van de donor moet *in casu* de voorkeur in principe dan uitgaan naar het vermoeden waarbij de waarachtigheid van de wil van de donor het grootst is.⁴⁸³⁴ Ook in andere spoedsituaties wordt deze redenering aanvaard. Denk met name aan het vermoeden van toestemming in artikel 8, § 5 Wet Patiëntenrechten: de arts mag in spoedgevallen zonder toestemming overgaan tot het behandelen van de wilsonbekwame patiënt, omdat de meerderheid van patiënten voor behandeling zou kiezen.⁴⁸³⁵

1027. Volgens de bovenstaande redenering is voor het systeem van vermoede toestemming tot orgaanwegneming vereist dat er voldoende donatiebereidheid bestaat.⁴⁸³⁶ Dit kan vanzelfsprekend verschillen van land tot land. De donatiebereidheid moet dus kunnen worden vastgesteld aan de hand van empirische gegevens⁴⁸³⁷ die specifiek betrekking hebben op het

o.c., *FIU L. Rev.* 2011, (149) 156; H. YOUNG, "The Right to Posthumous Bodily Integrity and Implications of Whose Right It Is", *Marq. Elder's Advisor* 2013, (197) 234-235 en 239. *Contra*: D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 112, die het veeleer als een wilsneutraal systeem beschouwd.

⁴⁸³¹ H.D.C. ROSCAM ABBING, *o.c.* in J.E.M. AKVELD *et al.* (eds.), *Orgaandonatie, een kwestie van bereidheid*, 1988, (97) 103; Memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, 22.358, nr. 3, 15; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 109; D.G. ORENSTEIN en L.M. BETTINI, *o.c.*, *Annals Health L.* 2014, (141) 148; S.A.M. MCLEAN, *Autonomy, consent and the law*, 2010, 201.

⁴⁸³² S.M. COOPER, "Consent and organ donation", *Rutgers Computer & Tech. L.J.* 1985, (559) 572-573; R.C. HESSING, "Orgaandonatie en het geen-bezwaarsysteem: geen bezwaar!", *TvGR* 1986, (340) 341; J.F. CHILDRESS, "Ethical Criteria for Procuring and Distributing Organs for Transplantation" in J.F. BLUMSTEIN en F.A. SLOAN (eds.), *Organ transplantation policy: issues and prospects*, Durham, Duke University Press, 1989, (87) 93; W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 75-76, 118 en 149-150; NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS, *Human bodies*, 2011, 162 en 164; H. YOUNG, *o.c.*, *Marq. Elder's Advisor* 2013, (197) 227; J.G. AUGUST, *o.c.*, *Hastings Const. L.Q.* 2013, (393) 397; D.J. HESSING en H. ELFFERS, "Het Wetsvoorstel op de orgaandonatie: een mislukking op voorhand", *NJB* 1992, (729) 730; S.A.M. MCLEAN, "Transplantation and the 'Nearly Dead': The Case of Elective Ventilation" in S.A.M. MCLEAN (ed.), *Contemporary Issues in Law, Medicine and Ethics*, Aldershot, Dartmouth, 1996, (143) 144; P. DE CRUZ, *Comparative healthcare law*, 2001, 583; G. ANNAS, *The rights of patients*, New York, New York University Press, 2004 (3^{de} ed.), 322-323; M.S. NADEL en C.A. NADEL, "Using Reciprocity To Motivate Organ Donations", *Yale J. Health Pol'y, L. & Ethics* 2005, (293) 296; ORGAN DONATION TASKFORCE, *The potential impact of an opt out system for organ donation in the UK*, 2008, www.odt.nhs.uk, 8; J.E.M. AKVELD, "Juridische aspecten van orgaantransplantatie" in H.A.M.J. TEN HAVE, D.P. ENGBERTS en L.E. KALKMAN-BOGERD (eds.), *Ethiek en recht in de gezondheidszorg*, Deventer, Kluwer, 2007, losbl., XXIII, (203) 206, die verwijst naar psychologische factoren die niet voor beïnvloeding vatbaar zouden zijn. Zie ACOT Recommendation 37, www.organdonor.gov.

⁴⁸³³ A. KLUYSKENS, *Beginnelsen van het burgerlijk recht. Deel I. De verbintenissen*, Antwerpen, Standaard, 1948 (5^{de} ed.), 472; R. DEKKERS, A. VERBEKE, N. CARETTE en K. VANHOVE, *Handboek burgerlijk recht. Deel III. Verbintenissen – Bewijsleer – Gebruikelijke contracten*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 437 en 439. Vgl. H. NYS, *o.c.*, *TvGR* 2004, (343) 344.

⁴⁸³⁴ Vgl. F. BILGEL, *The law and economics of organ procurement*, 2011, 18-20.

⁴⁸³⁵ Vgl. R.M. VEATCH en J.B. PITT, *o.c.*, *Transpl. Proc.* 1995, (1888) 1889; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, Antwerpen, Maklu, 1992, 225.

⁴⁸³⁶ G. DWORKIN, "The law relating to organ transplantation in England", *Mod. L. Rev.* 1970, vol. 33, (351) 372; M.F. ANDERSON, *o.c.*, *Health Matrix* 1995, vol. 5, (249) 260-261; L. ROELS, G. DESCHOLMEESTER en Y. VANRENTERGHEN, *o.c.*, *Transpl. Proc.* 1997, vol. 29, (1473) 1473; S.A.M. MCLEAN, *Autonomy, consent and the law*, 2010, 201 en 208-209.

⁴⁸³⁷ Vgl. J.-P. DOLL, *La discipline des greffes, des transplantations et des autres actes de disposition concernant le corps humain*, Parijs, Masson, 1970, 166; S.M. COOPER, *o.c.*, *Rutgers Computer & Tech. L.J.* 1985, (559) 572-573; R.M. VEATCH en J.B. PITT, *o.c.*, *Transpl. Proc.* 1995, (1888) 1889; C. WILLIAMS, *o.c.*, *Case W. Res. J. Int'l L.* 1994, (315) 361-362; M. BRAZIER en J. HARRIS, *o.c.* in A.-M. FARRELL, D. PRICE en M. QUIGLEY (eds.), *Organ shortage*, 2011, (15) 32; D. PRICE, *o.c.* in A.-M. FARRELL, D. PRICE en M. QUIGLEY (eds.), *Organ shortage*, 2011, (245) 265; H. YOUNG, *o.c.*, *Marq. Elder's Advisor* 2013,

land waar het toestemmingsvermoeden geldt. Hoe betrouwbaarder de gegevens, hoe sterker het argument voor een toestemmingsvermoeden.

In België ging de wetgever bij de totstandkoming van de Orgaantransplantatiewet aanvankelijk uit van een hoge donatiebereidheid,⁴⁸³⁸ hoewel dit volgens sommigen niet overtuigend werd aangetoond.⁴⁸³⁹ Nu kan gesteund worden op een Eurobarometer-studie van 2010. Uit deze enquête⁴⁸⁴⁰ blijkt dat 72% van de Belgische ondervraagden bereid was om hun eigen organen na overlijden af te staan en dat 67% van hen ook bereid was om de organen van een overleden naaste af te staan.⁴⁸⁴¹ Een bevestiging van deze orgaandonatiebereidheid kan worden gevonden in de vaststelling dat in de praktijk slechts 10 à 15% van de naasten orgaanwegneming weigeren.⁴⁸⁴² Voor België kan dus worden besloten dat het systeem van vermoede toestemming waarschijnlijk meer de werkelijke wil van de donor zal respecteren dan een systeem van uitdrukkelijke toestemming.⁴⁸⁴³ De grote donatiebereidheid verzwakt de kritiek van het risico op schending van het zelfbepalingsrecht aanzienlijk en vormt veeleer een argument *pro* het toestemmingsvermoeden.

1028. Hoe groter de omvang van de donatiebereidheid, hoe sterker het argument voor het toestemmingsvermoeden. Meestal wordt het voor de aanvaardbaarheid van het toestemmingsvermoeden voldoende geacht dat de donatiebereidheid bij de meerderheid van de bevolking aanwezig is,⁴⁸⁴⁴ wat m.a.w. neerkomt op een donatiebereidheid bij minstens 50% van de bevolking. Dit veronderstelt gelijkwaardigheid tussen het belang van de ontvanger bij toestemming tot orgaanwegneming en het belang van de donor om geen orgaanwegneming tegen zijn wil in te ondergaan. Nochtans is er ook een ander waardeoordeel denkbaar.

Eenderzijds zou het belang van de donor meer gewicht kunnen worden toegekend. Dit is bv. het geval in de Verenigde Staten. Ondanks het feit dat een meerderheid van de Amerikaanse bevolking (ong. 70 à 95%) donatiebereid is,⁴⁸⁴⁵ wordt het toestemmingsvermoeden afgewezen

(197) 226; R. MATESANZ, "The Council of Europe and Organ Transplantation", *Transpl. Proc.* 1997, vol. 29, (3205) 3206; BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, *Building on Progress*, 2012, www.bma.org.uk/ethics, 50 en 52.

⁴⁸³⁸ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 1984-1985, nr. 832-1; Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220-9, 41; Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nrs. 607/3, waar uit peilingen bleek dat slechts 30% van de bevolking zich tegen orgaanwegneming zou verzetten.

⁴⁸³⁹ Vgl. Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220-9, 15; A. DEMOOR, o.c., *Jura Falc.* 1976-77, (69) 82-83 en ook 86; A.-M. BRIELS, o.c. in L. APOSTEL, P. DEVROEY en H. CAMMAER (eds.), *Beschikken over lijf en leven*, 1987, (27) 32-33.

⁴⁸⁴⁰ Zie echter: E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 220-222, die stelt dat enquêtes onvoldoende betrouwbaar zijn en het aantal registraties beschouwt als een betere maatstaf voor de werkelijke donatiebereidheid.

⁴⁸⁴¹ Eurobarometer - Special Survey 333a, "Organ donation and transplant", 2009, http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_333a_en.pdf, met name het factsheet voor België. Zie in die zin ook: Eurobarometer - Special Survey 183-5, "Organ donation and transplant", 2003, http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_183_5_fr.pdf, 5 en 6; Eurobarometer - Special Survey 272D, "Organ donation and transplant", 2007, http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_272d_en.pdf, 8 (71% voor eigen organen) en 12 (65% voor organen van een naaste); L. ROELS *et al.*, "A Survey on Attitudes to Organ Donation Among Three Generations in a Country With 10 Years of Presumed Consent Legislation", *Transpl. Proc.* 1997, vol. 29, 3224-3225, waar zelfs een bereidheid van 80% werd vastgesteld; Vraag nr. 15131 van mevr. Katia della Faille de Leverghem aan de vice-eersteminister en minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid, belast met Maatschappelijke Integratie over "een sensibiliseringscampagne inzake orgaandonatie", 30 september 2009, CRABV 52, COM 645, waar wordt verwezen naar een *Test-Aankoop* enquête die een donatiebereidheid van 66% onthult.

⁴⁸⁴² Zie *supra* Hoofdstuk II, Afd. 3, § 2, A.2.b. van dit Deel.

⁴⁸⁴³ Vgl. D.J. HESSING en H. ELFFERS, o.c., *NJB* 1992, (729) 733; A.C. MACDONALD, o.c., *Stan. L. & Pol'y Rev.* 1997, (177) 181; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 109; Advies nr. 54 van 10 december 2012 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, <http://www.health.belgium.be>, 42, voetnoot 82, waar ter rechtvaardiging wordt gesteund op een *fewer mistakes claim*.

⁴⁸⁴⁴ Zie: BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, *Organ donation in the 21st century*, London, BMA, 2000, 16; J. HERRING, *Medical law and ethics*, 2006, 380; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 110; D.G. ORENSTEIN en L.M. BETTINI, o.c., *Annals Health L.* 2014, (141) 141-142 en 147. Vgl. ook: *State v. Powell*, 497 So.2d 1188 (Fla. 1986).

⁴⁸⁴⁵ R.M. VEATCH en J.B. PITT, o.c., *Transpl. Proc.* 1995, (1888) 1889-1890; S. KURTZ, C.W. STRONG en D. GERASIMOW, "The 2006 Revised Uniform Anatomical Gift Act – A Law to Save Lives", *Health Law Analysis* 2007, (44) 44.

vanuit een cultuur die zeer veel belang hecht aan het kunnen nemen van volledig autonome beslissingen.⁴⁸⁴⁶ Sommige auteurs preciseren dat een toestemmingsvermoeden wegens het grote belang van het zelfbepalingsrecht minstens een donatiebereidheid van 95% vereist.⁴⁸⁴⁷ Een gelijkaardige situatie bestaat in Engeland (donatiebereidheid van ong. 61 à 90%).⁴⁸⁴⁸ Hier is het belang van toestemming grotendeels is ingegeven door de schandalen in het Bristol Royal Infirmary- en Alder Hey-ziekenhuis, waar organen uit overleden kinderen werden weggenomen zonder medeweten van de ouders.⁴⁸⁴⁹

Anderzijds zou het belang van de ontvangers gewichtiger kunnen worden geacht. Bij deze opvatting zou zelfs een donatiebereidheid van minder dan 50% kunnen volstaan.

B. De weerlegbaarheid van het vermoeden

1029. Hierboven is gebleken dat nog steeds een minderheid van de Belgische bevolking niet bereid is om na overlijden donor te zijn. Ondanks de – m.i. sterke – argumenten voor een plichtsysteem verhindert het grote maatschappelijke gewicht van het zelfbepalingsrecht voorsnog orgaanwegname tegen de wil van de donor.⁴⁸⁵⁰ Om het zelfbepalingsrecht niet te schenden, moet het systeem van vermoede toestemming bijgevolg aan de onwilligen de mogelijkheid tot verzet of ‘opt-out’ bieden.⁴⁸⁵¹ Het wettelijk vermoeden van toestemming moet met andere woorden weerlegbaar zijn (vermoeden *iuris tantum*).⁴⁸⁵²

In België is het toestemmingsvermoeden weerlegbaar dankzij de verzetsmogelijkheid opgenomen in artikel 10, §§ 1, 2, 3 en 4 Orgaantransplantatiewet. Hierdoor verschilt het *opt-out*-systeem slechts van een *opt-in*-systeem op het vlak van uitwerking. Anders dan het *opt-in*-systeem verschuift het *opt-out*-systeem de bewijslast aangaande het verzet naar de donor zelf, ten voordele van het belang van de ontvangers en de wegnemende artsen.⁴⁸⁵³ Het fundamentele uitgangspunt blijft evenwel in beide systemen hetzelfde: respect voor het zelfbepalingsrecht.⁴⁸⁵⁴

⁴⁸⁴⁶ A.K. GLAZIER, o.c. in A.-M. FARRELL, D. PRICE en M. QUIGLEY (eds.), *Organ shortage*, 2011, (195) 196; Preamble bij de UAGA 2006; J.-G. HENTZ, o.c. in M.-J. THIEL (ed.), *Donner, recevoir un organe*, 2009, (334) 336. Zie evenwel: ACOT Recommendation 37, www.organdonor.gov, waar werd aanbevolen om het *presumed consent*-systeem te testen.

⁴⁸⁴⁷ R.M. VEATCH en J.B. PITT, o.c., *Transpl. Proc.* 1995, (1888) 1889-1890.

⁴⁸⁴⁸ BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, *Organ donation in the 21st century*, London, BMA, 2000, 4; HOUSE OF LORDS EUROPEAN UNION COMMITTEE, *Increasing the supply of donor organs within the European Union. Vol. I: Report*, 2008, www.publications.parliament.uk, 54; Eurobarometer 72.3 - Special Survey 333a, “Organ donation and transplant”, 2009, http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_333a_en.pdf, met name het factsheet voor het Verenigd Koninkrijk.

⁴⁸⁴⁹ J. MCHALE, “The legal regulation of human material” in A. GRUBB, J. LAING en J. MCHALE (eds.), *Principles of medical law*, Oxford, Oxford University Press, 2010 (3^{de} ed.), (1011) 1011-1014; S.A.M. MCLEAN, *Autonomy, consent and the law*, 2010, 187; N. HOPPE en J. MIOLA, *Medical Law and Medical Ethics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, 212-213. Zie ook: A. GARWOOD-GOWERS, o.c., *EJHL* 2013, (383) 388, die verwijst naar het belang van waardigheid en respect voor de onschendbaarheid van het lichaam.

⁴⁸⁵⁰ Zie *supra* Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, C.4. van dit Deel. Vgl. Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220-9, 8.

⁴⁸⁵¹ Zie ook: Memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, 22.358, nr. 3, 15; N. NEFUSSY-LEROY, *Organes humains: prélèvements, dons, transplantations*, Parijs, Eska, 1999, 70; H. NYS, o.c., *TvGR* 2004, (343) 344; K. GUNDLE, o.c., *Camb. Q. Healthc. Ethics* 2005, (113) 116-117; NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS, *Human bodies*, 2011, 178; WMA Statement on Human Organ Donation and Transplantation (S-2000-01-2006); WMA Statement on Organ and Tissue Donation (S-2012-04-2012); P. BORRY *et al.*, o.c., *J.L Med. & Ethics* 2008, (752) 758; V. PIRARD en E. HEINEN, “L’opting out en matière de prélèvements *post mortem* à des fins de recherches ou d’applications médicales: un système éthique sous conditions”, *JLMB* 2013, (12) 13; ACOT Recommendation 37, www.organdonor.gov.

⁴⁸⁵² J. MAEIJER, o.c., *TPR* 2008, (1) 4. *Hand.* Kamer 1985-86, 3 juni 1986, 1205. *Hand.* Senaat 1984-85, 1 juli 1985, 3167; Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220-9, 13 en 15; ORGAN DONATION TASKFORCE, *The potential impact of an opt out system for organ donation in the UK*, 2008, www.odt.nhs.uk, 12; Advies nr. 54 van 10 december 2012 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, <http://www.health.belgium.be>, 30.

⁴⁸⁵³ Vgl. W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 125-126; M. BRAZIER en J. HARRIS, o.c. in A.-M. FARRELL, D. PRICE en M. QUIGLEY (eds.), *Organ shortage*, 2011, (15) 31.

⁴⁸⁵⁴ Vgl. B. SLUYTERS, o.c. in J.M. GREEP (ed.), *Orgaantransplantatie*, Leiden, Stafleu, 1970, (361) 372; H.J.J. LEENEN, o.c., *NJB* 1978, (871) 876 en 877; J.E.M. AKVELD, o.c., *TvGR* 1992, (62) 69-70; H.D.C. ROSCAM ABBING, o.c. in J.E.M. AKVELD *et al.* (eds.), *Orgaandonatie, een kwestie van bereidheid*, 1988, (97) 100; Memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-

Zo kan de verzetsmogelijkheid de kritiek van het risico op schending van het zelfbepalingsrecht aanzienlijk verzwakken en kan ze als een sterk argument *pro* het toestemmingsvermoeden worden beschouwd.

De precieze impact van de verzetsmogelijkheid zal weliswaar afhangen van de toegankelijkheid van deze verzetsmogelijkheid. Indien de verzetsmogelijkheid onvoldoende toegankelijk is, gaat het veeleer om een lege doos die maar weinig gewicht heeft in de evenredigheidsafweging met het zelfbepalingsrecht. Hoe toegankelijker de *opt-out*-mogelijkheid, hoe minder risico op miskenning van de negatieve wil van de donor en hoe sterker dus het argument voor een toestemmingsvermoeden. Hierbij zijn m.i. hoofdzakelijk twee subparameters van belang: het verzetsmiddel én de informatieverstrekking daaromtrent. Ze worden hieronder achtereenvolgens besproken.

1030. Opdat de verzetsmogelijkheid toegankelijk zou zijn, is allereerst vereist dat het aantekenen van verzet op een eenvoudige manier, zondere onredelijke kosten kan gebeuren.⁴⁸⁵⁵ Anders kan niet worden gesproken van een effectief middel om het zelfbepalingsrecht van de donor te respecteren. Zoals al uitvoerig besproken, kan het verzet in België *grosso modo* op twee manieren worden uitgedrukt.⁴⁸⁵⁶

Enerzijds kan het verzet via *registratie* in het gemeentehuis worden uitgedrukt. Eerder werd al het belang van een laagdrempelige registratieprocedure benadrukt om over een zo hoog mogelijk orgaanaanbod te beschikken. Deze laagdrempeligheid is nu ook van belang ter rechtvaardiging van het toestemmingsvermoeden.⁴⁸⁵⁷ Ondanks de kost van het onderhouden van een register wordt de verzetsregistratie algemeen erkend als een zeer doeltreffende manier om de wil kenbaar te maken. Voor sommigen zou de gemeentelijke registratieroute echter nog een drempel kunnen zijn. *Supra* werden daarom een aantal mogelijke verbeteringen voorgesteld.⁴⁸⁵⁸

Anderzijds kan het verzet ook rechtsgeldig *op iedere andere wijze* worden uitgedrukt. Dit soort verzetsverklaring is doorgaans zeer laagdrempelig. Het nadeel is evenwel dat de kenbaarheid ervan sneller moeilijkheden kan geven. In België kan dit echter niet los worden gezien van de verplichting om voorafgaand niet enkel het verzetsregister, maar ook de naasten

1992, 22.358, nr. 3, 14 en 16; S. GEVERS, A. JANSSEN en R. FRIELE, *o.c.*, *EJHL* 2004, (175) 181; E. HULST, "Orgaandonatie: geen bezwaar tegen 'geen bezwaar'", *NJB* 2008, (1796) 1799; D.Y.A. VAN MEERSBERGEN, *o.c.* in G.R.J. DE GROOT, T.A.M. VAN DEN ENDE, L.E. KALKMAN-BOGERD en J.J.M. LINDERS (eds.), *Gezondheidsrecht*, 2013, (1481) 1500; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2010, 741; H. NYS, *o.c.*, *Acta Hospitalia* 2005, (77) 77; H. NYS, *o.c.*, *RW* 1983-84, (2357) 2376 en 2370; M. COOPMAN, *o.c.*, *Jura Falc.* 2007-08, (383) 418-419; I. BOONE, *o.c.*, *TPR* 1996, (91) 117 en 125; A. CAPLAN *et al.*, *Trafficking in organs, tissues and cells and trafficking in human beings for the purpose of the removal of organs*, Joint Council of Europe/United Nations study, 2009, www.coe.int, 32. Vgl. art. 1352, lid 2 BW, dat geen bewijs tegen wettelijke vermoedens toelaat, tenzij de wet het tegenbewijs heeft vrijgelaten. Zie enigszins *contra*: H. NYS, *o.c.*, *European Ethical-Legal Papers* N° 4, Leuven, 2007, 35-36, die stelt dat er wel een fundamenteel verschil is, namelijk het feit dat stilzwijgen in het *presumed consent*-systeem niet steeds een bewuste keuze is.

⁴⁸⁵⁵ Zie o.a.: H.J.J. LEENEN, *o.c.*, *NJB* 1978, (871) 877; A.-M. BRIELS, *o.c.* in L. APOSTEL, P. DEVROEY en H. CAMMAER (eds.), *Beschikken over lijf en leven*, 1987, (27) 30; A. TERRASSON DE FOUGERES, *o.c.*, *RD Sanit. Soc.* 2000, (339) 342; H. MAARSE en T. ISTAMTO, *De invloed van beslissystemen op de beschikbaarheid van donororganen: een internationale vergelijking*, Universiteit Maastricht, 2008, www.rijksoverheid.nl, 7; D. PRICE, *o.c.* in A.-M. FARRELL, D. PRICE en M. QUIGLEY (eds.), *Organ shortage*, 2011, (245) 266; B. SAUNDERS, "Opt-out organ donation without presumptions", *J. Med. Ethics* 2012, (69) 71; BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, *Building on Progress*, 2012, www.bma.org.uk/ethics, 47.

⁴⁸⁵⁶ Zie *supra* Hoofdstuk III van dit Deel.

⁴⁸⁵⁷ Zie o.a.: H. ELFFERS, D.J. HESSING en R. PIETERMAN, "Wetsvoorstel orgaandonatie: alleen een registratie-bezwaarsysteem zal voldoen", *NJB* 1993, (877) 882; B. ROELS en Y. VANRENTERGHEM, *o.c.*, *Ann. Transplant* 2001, nr. 4, (39) 42; Recommendation Rec(2003)12 of 19 June 2003 of the Committee of Ministers to member states on organ donor registers, <http://www.coe.int>, appendix nrs. 1-2; P. BORRY *et al.*, *o.c.*, *J.L. Med. & Ethics* 2008, (752) 758; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 108, 110, 157 en 469-470; G. DEN HARTOGH, "Tacitly consenting to donate one's organs", *J. Med. Ethics* 2011, (344) 345; H. YOUNG, *o.c.*, *Marq. Elder's Advisor* 2013, (197) 241-242.

⁴⁸⁵⁸ *Supra* Hoofdstuk III, afd. 1, § 4 van dit Deel.

(of desgevallend andere betrokkenen) te consulteren omtrent de wil van de potentiële donor.⁴⁸⁵⁹ Dergelijke consultatieplicht vormt een rechtvaardigende modaliteit in een *presumed consent*-systeem door respect voor het zelfbepalingsrecht, uitgeoefend in de vorm van een verzetsuiting, toch te waarborgen.⁴⁸⁶⁰ Bovendien ontzenuwt deze plicht meteen ook de kritiek dat het toestemmingsvermoeden tot publiek wantrouwen⁴⁸⁶¹ zou leiden doordat orgaanwegneming beweerdelijk zonder tussenkomst van de naasten in het geheim zou kunnen plaatsvinden.⁴⁸⁶² Aldus draagt de consultatieplicht duidelijk bij tot de aanvaardbaarheid van het toestemmingsvermoeden.

Samenvattend kan worden gesteld dat de beschikbare verzetsmiddelen veeleer een argument *pro* het toestemmingsvermoeden vormen. De eventuele imperfecties en ongemakken van de verzetsmiddelen kunnen door de vingers worden gezien naargelang de waarde die aan het belang van de ontvangers wordt gehecht.⁴⁸⁶³

1031. Opdat de verzetsmogelijkheid toegankelijk zou zijn, is bovendien vereist dat de potentiële donoren adequate kennis (kunnen) hebben van het donatiesysteem.⁴⁸⁶⁴ De mogelijkheid tot verzet is immers maar een effectief middel indien men weet hoe het systeem werkt. Het vereiste van kennis kan ook in verband worden gebracht met het vereiste van een duidelijke en toegankelijke wet uit artikel 8, § 2 EVRM: zonder informatie dreigt dit legaliteitsvereiste te worden geschonden.⁴⁸⁶⁵ Uit respect voor het zelfbepalingsrecht kan worden aangenomen dat de publicatie van de Orgaantransplantatiewet in het Belgisch Staatsblad onvoldoende de nodige kennis waarborgt.⁴⁸⁶⁶ Het is aangewezen om ook te voorzien in informatieverstrekking aan het publiek via regelmatige sensibiliserings- en educatiecampagnes.⁴⁸⁶⁷ Om het belang hiervan te onderstrepen kan een onderscheid worden

⁴⁸⁵⁹ *Supra* Hoofdstuk III, afd. 2, § 1, C van dit Deel.

⁴⁸⁶⁰ Vgl. Opinion 2.155 – Presumed Consent and Mandated Choice for Organs from Deceased Donors, AMA Code of Medical Ethics, <http://www.ama-assn.org>; O. HAZONY, o.c., *Health Matrix* 1993, (219) 244; C. WILLIAMS, o.c., *Case W. Res. J. Int'l L.* 1994, (315) 362; J. SIJMONS, o.c., *NTBR* 2013, (259) 263-264.

⁴⁸⁶¹ Dit zou op zijn beurt tot een daling van donatiebereidheid en dus een lager orgaanaanbod kunnen leiden. Cf. *supra* Deel II, Hoofdstuk I, Afd. 1, § 2, B.2.

⁴⁸⁶² Zie voor deze kritiek: Vgl. D. SPELLMAN, o.c., *Syracuse L. Rev.* 2006, (353) 367. Zie in gelijkaardige zin: C. LEMMENS, *Voorafgaande wilsverklaringen met betrekking tot het levenseinde*, 2013, 121.

⁴⁸⁶³ Vgl. G. DEN HARTOGH, o.c., *J. Med. Ethics* 2011, (344) 346.

⁴⁸⁶⁴ Zie ook: Trib. Féd. Zwitserland 16 april 1997, *RUDH* 1997, 286; J.B. GRENOUILLEAU, “Commentaire de la loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d’organes”, *D.* 1977, (213) 217 en 218; J.E.M. AKVELD, o.c., *TvGR* 1992, (62) 70 en 71; A.-M. BRIELS, o.c. in L. APOSTEL, P. DEVROEY en H. CAMMAER (eds.), *Beschikken over lijf en leven*, 1987, (27) 30; Memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, 22.358, nr. 3, 15; I. JANSSEN, o.c., *Ars Aequi* 1996, (625) 630; N. NEFUSSY-LEROY, *Organes humains*, 1999, 69; H. MAARSE en T. ISTAMTO, *De invloed van beslissystemen op de beschikbaarheid van donororganen: een internationale vergelijking*, Universiteit Maastricht, 2008, www.rijksoverheid.nl, 7; NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS, *Human bodies*, 2011, 149; F. BILGEL, *The law and economics of organ procurement*, 2011, 21; C. LEMMENS, *Voorafgaande wilsverklaringen met betrekking tot het levenseinde*, 2013, 121; Memorie van toelichting bij art. 8 Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 98; Opinion 2.155 – Presumed Consent and Mandated Choice for Organs from Deceased Donors, AMA Code of Medical Ethics, <http://www.ama-assn.org>. Vgl. N. VAN GELDER, “Menselijk lichaamsmateriaal voor wetenschappelijk onderzoek” in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (1263) 1290. Cf. eveneens *supra* Hoofdstuk II, Afd. 2, § 1, B.1. van dit Deel.

⁴⁸⁶⁵ A. GARWOOD-GOWERS, o.c., *EJHL* 2013, (383) 402.

⁴⁸⁶⁶ Zie ook: M. PROOST, *Wat iedereen over orgaandonatie & transplantatie zou moeten weten. 40 eenvoudige antwoorden op veelgestelde vragen*, gratis brochure (LLT), 4, voor de geloofwaardige stelling dat het Belgisch Staatsblad door de burger niet gelezen wordt.

⁴⁸⁶⁷ Zie o.a.: Trib. Féd. Zwitserland 16 april 1997, *RUDH* 1997, 286; G. BRICMONT, “Les problèmes juridiques posés par les prélèvements d’organes sur le cadavre de l’homme”, *JT* 1971, (145) 145; A. TERFVE, “Le corps humain et les actes juridiques en droit belge” in *Le corps humain et le droit. Travaux de l’Association Henri Capitant*, t. XXVI, Dalloz, 1977, (191); H.D.C. ROSCAM ABBING, o.c. in J.E.M. AKVELD et al. (eds.), *Orgaandonatie, een kwestie van bereidheid*, 1988, (97) 102; I. BOONE, o.c., *TPR* 1996, (91) 125-126; B. ROELS en Y. VANRENTERGHEM, o.c., *Ann. Transplant* 2001, nr. 4, (39) 42; ORGAN DONATION TASKFORCE, *The potential impact of an opt out system for organ donation in the UK*, 2008, www.odt.nhs.uk, 31; L. CHERKASSKY, o.c., *EJHL* 2010, (149) 157-158; D. PRICE, o.c. in A.-M. FARRELL, D. PRICE en M. QUIGLEY (eds.), *Organ shortage*, 2011, (245) 266 en 268; B. SAUNDERS, o.c., *J. Med. Ethics* 2012, (69) 72; BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, *Building on Progress*, 2012,

gemaakt tussen de vermoede en de stilzwijgende toestemming. Terwijl de vermoede toestemming in wezen een fictie omtrent een feitelijk onbekende wil is, weerspiegelt de stilzwijgende toestemming een gekende wil.⁴⁸⁶⁸ Indien wordt voorzien in informatieverstrekking over de (laagdrempelige) verzetsmiddelen en over de gevolgen van het gebrek aan verzet, dan zal het stilzwijgen in vele gevallen als een stilzwijgende toestemming kunnen worden gekwalificeerd, wat een sterker bewijs van de wil is dan een vermoeden.⁴⁸⁶⁹ Informatieverstrekking aan het publiek ondermijnt zo aldus de kritiek inzake schending van het zelfbepalingsrecht en vormt een argument *pro* het systeem van vermoede toestemming.

In België wordt actief ingezet op sensibiliseringscampagnes.⁴⁸⁷⁰ Uit enquêtes is evenwel gebleken dat zo'n 64 à 67% van de ondervraagden onvoldoende op de hoogte waren van de nationale regelgeving.⁴⁸⁷¹ Er blijkt dus toch nog wel wat ruimte voor verbetering te zijn op het vlak van informatieverstrekking. Een eerste mogelijke oplossing bestaat erin de reeds bestaande algemene informatieverstrekking aan het publiek te verbeteren. De doeltreffendheid hiervan kan echter betwijfeld worden. Informatiecampagnes bereiken immers slechts een deel van de bevolking.⁴⁸⁷² Dat niet iedereen geïnformeerd is, hoeft echter nog niet noodzakelijk een bezwaar te zijn. Informatiemanco's kunnen worden gerechtvaardigd naargelang de waarde die aan het belang van de ontvangers wordt gehecht.⁴⁸⁷³ Een tweede mogelijke oplossing is de invoering van een gevraagde keuze-systeem naar het voorbeeld van Nederland, waarbij de potentiële donoren vanaf een bepaalde leeftijd individueel een registratieformulier met bijhorende informatie worden bezorgd.⁴⁸⁷⁴ Deze vorm van informatieverstrekking heeft een groter bereik dan algemene campagnes.⁴⁸⁷⁵ Het benadert meer de persoonlijke

www.bma.org.uk/ethics, 47 en 50; D.G. ORENSTEIN en L.M. BETTINI, *o.c.*, *Annals Health L.* 2014, (141) 156; P. SCHOTSMANS, *Handboek medisch ethiek*, 2008, 166-167. Vgl. Sec. 2(1)(c) en (2) Human Transplantation (Wales) Act 2013; art. R1232-13, lid 2 Franse Code de la santé publique.

⁴⁸⁶⁸ H. NYS, "Organ transplantation" in J.K.M. GEVERS, E.H. HONDIUS en J.H. HUBBEN (eds.), *Health law, human rights and the Biomedicine Convention. Essays in honour of Henriette Roscam Abbing*, Leiden, Nijhoff, 2005, (219) 226-227; H. NYS, *o.c.*, *Acta Hosp.* 2005, nr. 4, 77-79; D. PRICE, *o.c.* in A.-M. FARRELL, D. PRICE en M. QUIGLEY (eds.), *Organ shortage*, 2011, (245) 26. Vgl. T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, 1992, 226, in verband met vermoede toestemming tot behandeling in noodgevallen.

⁴⁸⁶⁹ Vgl. J.F. CHILDRESS, *o.c.* in J.F. BLUMSTEIN en F.A. SLOAN (eds.), *Organ transplantation policy*, 1989, (87) 96 en 110; Rapport P.-L. FAGNIEZ, n° 761, 9 april 2003, Projet de loi relatif à la bioéthique, <http://www.assemblee-nationale.fr>, 59; G. DEN HARTOGH, *o.c.*, *J. Med. Ethics* 2011, (344) 345; B. SAUNDERS, *o.c.*, *J. Med. Ethics* 2012, (69) 71; H. NYS, *o.c.*, *TvGR* 2004, (343) 345. In gelijkaardige zin: J.-R. BINET, "Le prélèvement d'organes post mortem et droit français: un équilibre incertain", *Droit de la famille* 2014, www.lexisnexis.com, nr. 12. Vgl. ook: T. VANSWEEVELT, "Het juridische statuut van het lijk" in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1559) 1604 en 1605, in verband met autopsies.

⁴⁸⁷⁰ Zie *supra* Deel II, Hoofdstuk I, Afd. 1, § 2, B.

⁴⁸⁷¹ Eurobarometer - Special Survey 183-5, "Organ donation and transplant", 2003, http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_183_5_fr.pdf, 4; Eurobarometer - Special Survey 333a, "Organ donation and transplant", 2009, http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_333a_en.pdf, factsheet België; Vraag nr. 15131 van mevr. Katia della Faille de Leverghem aan de vice-eersteminister en minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid, com last met Maatschappelijke Integratie over "een sensibiliseringscampagne inzake orgaandonatie", 30 september 2009, CRABV 52, COM 645. Zie ook al: A.-M. BRIELS, *o.c.* in L. APOSTEL, P. DEVROEY en H. CAMMAER (eds.), *Beschikken over lijf en leven*, 1987, (27) 30 en 34; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 131; I. BOONE, *o.c.*, *TPR* 1996, (91) 128; *Vr. en Antw.* Kamer 1999-00, 28 december 1999, (Vr. nr. 46 Y. LETERME); *Vr. en Antw.* Kamer 2003-04, 5 mei 2004, (Vr. nr. 175 J.-L. CRUCKE); C. TROUET, *Van lichaam naar lichaamsmateriaal*, 2003, 123 en 195; H. NYS, *o.c.*, *Acta Hospitalia* 2005, (77) 78.

⁴⁸⁷² Vgl. W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 152-155; P. COLEMAN, "“Brother, can you spare a liver?” Five ways to increase organ donation", *Val. U. L. Rev.* 1996, (1) 19; NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS, *Human bodies*, 2011, 149 en 175. Vgl. in verband met een vermoeden van toestemming tot wetenschappelijke autopsies: Rb. Leuven 25 november 1986, *TBBR* 1987, 75 en *VI.T.Gez.* 1989, 257, afkeurende noot T. VANSWEEVELT.

⁴⁸⁷³ Vgl. W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 231 en 233; J.-L. FAGNART, "Information du patient et responsabilité du médecin" in E. THIRY (ed.), *Actualités de droit médical*, Bruylant, Brussel, 2006, (51) 62; P. EGÉA, *o.c.*, *D.* 2001, (3310) 3312-3313, die het onderscheid maakt tussen de civielrechtelijke en de publiekrechtelijke interpretatie van het vermoeden van toestemming. Vgl. in verband met een vermoeden van toestemming tot wetenschappelijke autopsies: Rb. Leuven 25 november 1986, *TBBR* 1987, 75 en *VI.T.Gez.* 1989, 257, afkeurende noot T. VANSWEEVELT.

⁴⁸⁷⁴ Zie reeds *supra* Hoofdstuk III, Afd. 1, § 3, B.2. van dit Deel.

⁴⁸⁷⁵ Maar dan nog bestaat het risico op onwetendheid, aangezien het kan gebeuren dat de informatie niet begrepen of gelezen wordt, of zelfs niet aankomt: NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS, *Human bodies*, 2011, 149.

informatieverstrekking in de klassieke arts-patiënt verhouding. De combinatie van het gevraagde keuze-systeem met het toestemmingsvermoeden kan er dus voor zorgen dat meer vermoede toestemmingen worden omgevormd tot stilzwijgende toestemmingen.⁴⁸⁷⁶

C. Uitzonderingen op het toestemmingsvermoeden

1032. Ondanks de waarachtigheid en de weerlegbaarheid van het toestemmingsvermoeden in België zijn er toch enkele gevallen denkbaar waarin algemeen genomen *prima facie* maar weinig donatiebereidheid bestaat en/of het voorafgaand uitdrukken van geïnformeerd verzet moeilijk blijkt. Voor die gevallen rijst de vraag of de wet niet moet voorzien in een uitzondering door het systeem van vermoede toestemming buiten toepassing te laten. Hieronder zal deze vraag worden onderzocht voor vijf gevallen: de orgaanwegname bij vreemdelingen (*infra* 1), bij ongeïdentificeerde overledenen (*infra* 2), bij wilsonbekwamen (*infra* 3), bij leden van bepaalde religieuze groepen (*infra* 4) en ten slotte de wegname van bijzondere organen (*infra* 5).

1. Vreemdelingen

a. Het vroegere nationaliteitscriterium

1033. Aanvankelijk verklaarde het vroegere artikel 10, § 1, lid 1 Orgaantransplantatiewet het systeem van vermoede toestemming enkel van toepassing op “*elke overleden Belg die zijn woonplaats in België heeft*”. Zo werd een onderscheid gemaakt op basis van twee criteria. Het eerste criterium was de nationaliteit.⁴⁸⁷⁷ Belgen zijn immers enkel de personen die de Belgische nationaliteit bezitten.⁴⁸⁷⁸ Al wie daarentegen niet het bewijs van bezit van de Belgische nationaliteit kan leveren, word als ‘vreemdeling’ gekwalificeerd.⁴⁸⁷⁹ Voor vreemdelingen die op Belgisch grondgebied stierven, gold het toestemmingsvermoeden dus niet. Het tweede criterium was de woonplaats. Hierdoor gold het toestemmingsvermoeden evenmin voor Belgen die hun woonplaats buiten het Belgische grondgebied hadden. Zowel voor de vreemdelingen die in België verbleven, als de Belgen die in het buitenland verbleven gold in de plaats een systeem van uitdrukkelijke toestemming.⁴⁸⁸⁰

Voor al over het eerste criterium bestond discussie bij de totstandkoming van de Orgaantransplantatiewet. Om de (on)zin van dit nationaliteitscriterium te beoordelen, moet eerst duidelijk worden gesteld dat persoonlijkheidsrechten gelden voor iedere ‘persoon’. Aangezien vreemdelingen ook ‘personen’ zijn, komt hen in beginsel dus net zoals de Belgen

⁴⁸⁷⁶ Vgl. J.E.M. AKVELD, *Transplantatie en wetgeving*, 1987, 129-130 en 136-137; J.E.M. AKVELD, “Juridische aspecten van orgaandonatie” in J.E.M. AKVELD et al. (eds.), *Orgaandonatie, een kwestie van bereidheid*, 1988, (15) 27, 30 en 31, waar de auteur spreekt van een “geclausuleerd bezwaarsysteem”; H.D.C. ROSCAM ABBING, o.c. in J.E.M. AKVELD et al. (eds.), *Orgaandonatie, een kwestie van bereidheid*, 1988, (97) 105-106 en 108, die spreekt van een “volledig beslissingsysteem”; G. DEN HARTOGH, o.c., *J. Med. Ethics* 2011, (344) 344-345; W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 219. Vgl. het “actieve donorregistratiesysteem”: R.D. FRIELE en J.J. KERSSSENS, *Actieve donorregistratie? Een onderzoek naar de mogelijke reacties op de introductie van een actieve donorregistratie*, Utrecht, NIVEL, 2004, 6-7; R. COPPEN, *Organ Donation, policy and legislation*, 2010, 44 en 50; X, “Actieve donorregistratie”, *NJ* 2013, 209-210; M. BUIJSEN, o.c., *Ars Aequi* 2014, (93) 96-97.

⁴⁸⁷⁷ De nationaliteit is het juridische lidmaatschap van een Natiestaat, d.i. de entiteit waarbij een politieke constructie (de Staat) door een groep van personen (de Natie) bevoegd werd gemaakt tot een georganiseerde machtsuitoefening over een bevolking die zich in hoofdzaak op een bepaald grondgebied bevindt. *In casu* is die Natiestaat het Koninkrijk België. Zie: F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 2014 (3^{de} ed.), 64-65.

⁴⁸⁷⁸ F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 2014 (3^{de} ed.), 64.

⁴⁸⁷⁹ Art. 1, 1^o Wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, *BS* 31 december 1980 (verkort: Vreemdelingenwet).

⁴⁸⁸⁰ Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220/9, 42.

een zelfbepalingsrecht omtrent de lijkbestemming toe. Ongelijke behandeling inzake de uitwerking van dit recht is volgens het gelijkheidsbeginsel (art. 14 EVRM en art. 10 GW) enkel geoorloofd indien ze op een pertinent onderscheidscriterium is gebaseerd. Aldus moet gekeken worden naar de redenen waarom de nationaliteit als criterium werd gekozen. Deze redenen situeren zich op het vlak van zowel de waarachtigheid, als de weerlegbaarheid van het toestemmingsvermoeden. Ze worden hierna achtereenvolgens besproken.

1034. Wat betreft het vereiste van waarachtigheid van het toestemmingsvermoeden, moet, zoals gezegd, rekening worden gehouden met de donatiebereidheid. In verband hiermee merkte de Raad van State op dat het toestemmingsvermoeden voor sommige categorieën van vreemdelingen doorgaans tegen hun godsdienstige overtuiging zou ingaan.⁴⁸⁸¹ Voor die categorieën zou de donatiebereidheid m.a.w. in het algemeen ontbreken. Aldus achtte de Belgische wetgever omwille van godsdienstige overwegingen het toestemmingsvermoeden niet toepasselijk voor vreemdelingen.⁴⁸⁸²

Nochtans is het ongenueanceerd om, zoals de Belgische wetgever destijds, op basis van religieuze redenen alle vreemdelingen uit te sluiten van het toepassingsgebied van het toestemmingsvermoeden. Er zijn immers ook vreemdelingen die niet dermate gelovig zijn. Het toestemmingsvermoeden voor hen buiten toepassing laten, zou kunnen ingaan tegen het streefdoel van integratie.⁴⁸⁸³ Andersom zijn er ook categorieën van Belgen die wel gelovig zijn en op basis daarvan orgaanwegneming doorgaans weigeren, maar toch onder het toestemmingsvermoeden vallen. Dit kan aangezien worden als positieve discriminatie tussen belijders van eenzelfde godsdienst.⁴⁸⁸⁴ Religieuze overwegingen maken van de nationaliteit bijgevolg geen pertinent criterium om het toestemmingsvermoeden buiten toepassing te laten. Of dan beter rechtstreeks op basis van religie een onderscheid wordt gemaakt, wordt elders verder behandeld.⁴⁸⁸⁵ Aangaande de donatiebereidheid zou als alternatief onderscheidscriterium ook gedacht kunnen worden aan de plaats waar men gewoonlijk verblijft. Zo zou men kunnen denken dat maar weinig personen bereid zullen zijn om hun organen te laten wegnemen op het grondgebied waar ze slechts tijdelijk verblijven.⁴⁸⁸⁶ Objectief bewijs voor deze stelling werd echter niet gevonden.

1035. Wat betreft het vereiste van weerlegbaarheid van het toestemmingsvermoeden, is, zoals gezegd, de vlotte beschikbaarheid én kennis van de verzetsmogelijkheid van belang. In verband daarmee adviseerde de Raad van State dat het toestemmingsvermoeden slechts gerechtvaardigd is ten aanzien van de personen aan wie de Belgische overheid feitelijk ter kennis zal kunnen brengen dat ze, bij gebrek aan hun verzet, vermoed worden in te stemmen met orgaanwegneming na overlijden. Deze voorlichting kan slechts doeltreffend zijn voor zij die gewoonlijk in België verblijven.⁴⁸⁸⁷ Enerzijds betekent dit dat ook de vreemdelingen die gewoonlijk in België verblijven, onder het toestemmingsvermoeden kunnen vallen, aangezien voor hen dezelfde informatiemogelijkheden bestaan. Anderzijds wil dit zeggen dat het

⁴⁸⁸¹ Advies Raad van State, *Parl. St.* Senaat 1984-1985, nr. 832-1, 37, waar werd verwezen naar moslims.

⁴⁸⁸² Memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 1984-1985, nr. 832-1, 9; Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220/9, 42-43.

⁴⁸⁸³ Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220/9, 42.

⁴⁸⁸⁴ Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220/9, 43.

⁴⁸⁸⁵ Zie *infra* C.4. van deze paragraaf.

⁴⁸⁸⁶ In die zin: L. CHERKASSKY, o.c., *EJHL* 2010, (149) 160.

⁴⁸⁸⁷ Vgl. Trib. Féd. Zwitserland 16 april 1997, *RUDH* 1997, 286.

toestemmingsvermoeden niet hoort te gelden voor sommige Belgen, nl. degenen die gewoonlijk in het buitenland verblijven.⁴⁸⁸⁸

Naast voorlichting over de werking van het systeem is het ter rechtvaardiging van het toestemmingsvermoeden bovendien van belang dat de betrokkene ook effectief de mogelijkheid heeft om zich te verzetten.⁴⁸⁸⁹ Zowel voor de Belgen die niet gewoonlijk in België verblijven, als voor de vreemdelingen die niet gewoonlijk in België verblijven, zou het echter wegens o.a. de afstand moeilijker zijn om over te gaan tot gemeentelijke registratie van het verzet.⁴⁸⁹⁰ Voorts is de kans groot dat de naasten van de vreemdelingen (en soms ook de Belgen) die niet gewoonlijk in België verblijven, niet in België verblijven op het moment dat een orgaanwegneming na overlijden kan geschieden. Het kan dan voor het ziekenhuispersoneel praktisch moeilijker zijn om de naasten te consulteren over het eventuele verzet van de potentiële donor.⁴⁸⁹¹ Ook dit maakt dat zij die niet gewoonlijk in België verblijven, niet steeds beschikken over dezelfde kansen om hun verzet te laten gelden.⁴⁸⁹²

Op basis van het voorgaande kan worden gesteld dat de nationaliteit geen pertinent criterium is om een onderscheid naargelang de toepassing van het toestemmingsvermoeden te maken en dus veeleer leidt tot discriminatie.⁴⁸⁹³ De duur van het verblijf is daarentegen wel een pertinent onderscheids criterium gebleken.⁴⁸⁹⁴ Het is enigszins verbazend dat dit bij de totstandkoming van de Orgaantransplantatiewet ook door de wetgever werd toegegeven. Men kwam weliswaar tot het akkoord om het onderscheid op basis van nationaliteit pas later te amenderen via een aparte wetwijziging, omdat men de totstandkomingsprocedure van de Orgaantransplantatiewet niet wenste te vertragen.⁴⁸⁹⁵

b. Het huidige verblijfcriterium

1036. Reeds met de wet van 17 februari 1987 werd het nationaliteitscriterium afgeschaft en werd aldus het onderscheid tussen Belgen en vreemdelingen inzake het toestemmingsvermoeden opgeheven.⁴⁸⁹⁶ Het was de bedoeling om enkel nog een onderscheid te maken naargelang de duur van het verblijf in België.⁴⁸⁹⁷ Zoals hierboven gezegd, maakt dit verblijf immers wél een pertinent onderscheids criterium uit. Hiertoe bepaalt huidig artikel 10, § 1, lid 1 Orgaantransplantatiewet dat het toestemmingsvermoeden slechts geldt voor “*al wie in het bevolkingsregister of sedert meer dan zes maanden in het vreemdelingenregister is ingeschreven*”. Het verblijfcriterium werd dus niet zoals in Wales⁴⁸⁹⁸ aan een feitenoordeel

⁴⁸⁸⁸ Advies Raad van State, *Parl. St. Senaat* 1984-1985, nr. 832-1, 37.

⁴⁸⁸⁹ Vgl. Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nrs. 607/3, 2.

⁴⁸⁹⁰ Vgl. Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 607-3, 2-3.

⁴⁸⁹¹ Vgl. Trib. Féd. Zwitserland 16 april 1997, *RUDH* 1997, 286.

⁴⁸⁹² Vgl. *Jacobsen v. Marin General Hospital*, 963 F.Supp. 866 (Distr. N.D. Cal. 1997), waar het argument van discriminatie op basis van de vreemdelingenstatus echter niet werd aanvaard wegens het beperkte toepassingsgebied van het fourteenth Amendment.

⁴⁸⁹³ Advies Raad van State, *Parl. St. Senaat* 1984-1985, nr. 832-1, 37; Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220/9, 43; Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nrs. 607/1, 1; Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nrs. 607/3, 2.

⁴⁸⁹⁴ Zie ook: J.E.M. AKVELD, *Transplantatie en wetgeving*, 1987, 140-141.

⁴⁸⁹⁵ Zie: Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220/9, 42 en 44-45; Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nrs. 607/3, 2.

⁴⁸⁹⁶ Wet van 17 februari 1987 tot wijziging van de wet betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, *BS* 14 april 1987; Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nrs. 607/3, 2.

⁴⁸⁹⁷ Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nrs. 607/3, 2.

⁴⁸⁹⁸ Sec. 5(3) Human Transplantation (Wales) Act 2013: het toestemmingsvermoeden geldt er slechts voor zij die minstens 12 jaar vóór hun overlijden een gewoontelijke ‘resident’ in Wales waren. Het vereiste ‘residency’ hangt af van feitelijke elementen zoals o.a. de vrijwilligheid van de vestiging (bv. wél studenten, maar niet gevangenen of gelegerde militairen), de belangen die men in Wales heeft en de dagelijkse aard van het verblijf. Zie: Explanatory notes, Human Transplantation (Wales) Act 2013, nr. 30; Human Tissue Authority Code of Practice on living and deceased organ and tissue donation for transplantation – Wales (2013), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, nr. 106 e.v.

overgelaten, maar werd gekoppeld aan een ander, objectiever criterium dat dit verblijf veronderstelt. Deze techniek kan worden verantwoord wegens het doorgaans spoedeisende karakter van orgaanwegname, waardoor niet steeds voldoende tijd is voor een feitenonderzoek.

De inschrijving in het bevolkingsregister beoogt meer bepaald de Belgen die gewoonlijk in België verblijven, te omvatten. Deze inschrijving veronderstelt immers dat de ingeschreven Belg zijn hoofdverblijfplaats in een Belgische gemeente gevestigd heeft.⁴⁸⁹⁹ Van de Belgen die niet (meer) in het bevolkingsregister zijn ingeschreven, wordt de toestemming tot orgaanwegname na overlijden dus niet (meer) vermoed, zelfs niet indien men bv. meer dan 6 maanden op vakantie is in België.⁴⁹⁰⁰

De inschrijving in het vreemdelingenregister beoogt de vreemdelingen die gewoonlijk in België verblijven, te omvatten.⁴⁹⁰¹ Inschrijving in dit register is mogelijk indien de vreemdeling toegelaten of gemachtigd is tot een verblijf van meer dan drie maanden in België.⁴⁹⁰² De wetgever achtte het toestemmingsvermoeden evenwel pas na 6 maanden vanaf de inschrijving verantwoord, zodat er voldoende tijd zou zijn opdat de nodige voorlichting de vreemdeling zou kunnen bereiken.⁴⁹⁰³ Het toestemmingsvermoeden geldt dus niet voor bv. buitenlandse toeristen of diplomaten.⁴⁹⁰⁴

1037. Voor zij die niet in het bevolkingsregister en niet sedert meer dan zes maanden in het vreemdelingenregister zijn ingeschreven, is krachtens artikel 10, § 1, lid 3 Orgaantransplantatiewet vereist dat zij uitdrukkelijk hebben ingestemd met de orgaanwegname. Dit geldt ongeacht de wetgeving van het land waar niet-ingeschrevene gewoonlijk verblijft.⁴⁹⁰⁵ Zo zal bv. orgaanwegname bij een Poolse toerist die in België overlijdt, pas kunnen geschieden nadat bewijs van zijn uitdrukkelijke toestemming werd verkregen, ook al geldt in Polen een systeem van vermoede toestemming en had de overledene volgens Poltransplant⁴⁹⁰⁶ vooraf geen verzet aangetekend.⁴⁹⁰⁷ De bewijslast betreffende de uitdrukkelijke toestemming rust hierbij op de wegnemende arts.⁴⁹⁰⁸ Aangezien transplantatiecentra gespecialiseerde diensten zijn, behoren ze deze uitzonderingsregeling te kennen en kunnen ze dus niet verschoonbare rechtsdwaling inroepen.⁴⁹⁰⁹ Orgaanwegname zonder bewijs van de uitdrukkelijke toestemming kan leiden tot strafbaarstelling,⁴⁹¹⁰ alsook burgerrechtelijke aansprakelijkheid ten aanzien van de naasten van de donor.⁴⁹¹¹ Volgens het

⁴⁸⁹⁹ Zie art. 1, § 1, 1° Wet van 19 juli 1991 betreffende de bevolkingsregisters, de identiteitskaarten, de vreemdelingenkaarten en de verblijfsdocumenten en tot wijziging van de wet van 8 augustus 1986 tot regeling van een Rijksregister van de natuurlijke personen, BS 3 september 1991.

⁴⁹⁰⁰ Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nrs. 607/3, 2.

⁴⁹⁰¹ Vgl. Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nrs. 607/3, 2.

⁴⁹⁰² Art. 12, lid 1 Vreemdelingenwet.

⁴⁹⁰³ Vgl. Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nrs. 607/1, 1; H. DE PAGE, *Traité. Les personnes II. Vol. 1*, Brussel, Bruylant, 1990, nr. 40 B. Voor de inschrijving in het vreemdelingenregister moet men zich naar het gemeentehuis van de verblijfplaats begeven, waar desgevallend folders over orgaandonatie beschikbaar kunnen worden gesteld. Zie ook: *Hand. Kamer* 1985-86, 4 december 1986, 441, waar werd gesteld dat een efficiënte publiciteit vereist is.

⁴⁹⁰⁴ Rb. Brussel 15 maart 2002, *T. Gez.* 2003, 327 (Poolse vakantieganger); B. VAN HAELEWIJCK, *Don d'organes. Don de tissus*, Brussel, Kluwer, 2002, 25; H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 2005, 433; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 122; *Vr. en antw.* Kamer 2009-10, 11 februari 2010, Vr. nr. 332 K. DELLA FAILLE DE LVERGHEM.

⁴⁹⁰⁵ *Contra*: Memorie van toelichting Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 103; S. TACK, *o.c.*, *Orpadt forum* 2006, jaargang 7, nr. 1, (20) 22.

⁴⁹⁰⁶ Dit is de Poolse tegenhanger van Eurotransplant.

⁴⁹⁰⁷ Rb. Brussel 15 maart 2002, *T. Gez.* 2003, 327, bevestigd in Brussel 29 november 2005, *JT* 2006, 198.

⁴⁹⁰⁸ Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220/9, 45; Rb. Brussel 15 maart 2002, *T. Gez.* 2003, 327.

⁴⁹⁰⁹ Brussel 29 november 2005, *JT* 2006, 198.

⁴⁹¹⁰ Art. 10, § 1 *iuncto* art. 17 Orgaantransplantatiewet.

⁴⁹¹¹ Zie reeds supra over de burgerrechtelijke aansprakelijkheid.

hof van beroep te Brussel kan het feit dat in het land van herkomst een toestemmingsvermoeden geldt en er daar geen gebruik werd gemaakt van de verzetsmogelijkheid, echter wel tot een lagere morele schadevergoeding voor de naasten leiden.⁴⁹¹²

Wie kan de vereiste toestemming uitdrukken? Overeenkomstig zijn zelfbepalingsrecht kan deze toestemming door de niet-ingeschrevene zelf en zelfstandig worden uitgedrukt, maar slechts voor zover hij daartoe wilsbekwaam is.⁴⁹¹³ Een toestemmingsverklaring die tijdens het leven van de al dan niet wilsonbekwame niet-ingeschrevene in zijn naam en voor zijn rekening *door een ander* werd uitgedrukt, volstaat op zich niet.⁴⁹¹⁴ Dit volgt uit de tekst van artikel 10, § 1, lid 3 Orgaantransplantatiewet, die stelt dat voor de niet-ingeschrevenen vereist is dat *zij* moeten hebben ingestemd.⁴⁹¹⁵ Dit is bovendien coherent met de regeling voor ingeschrevenen, die ook enkel zelf en zelfstandig hun toestemming kunnen uitdrukken.⁴⁹¹⁶ Een en ander moet weliswaar sterk genuanceerd worden. Na overlijden van de niet-ingeschrevene is het wel toegestaan dat zijn naasten of andere betrokkenen de toestemming van de niet-ingeschrevene vertolken.⁴⁹¹⁷ Indien de niet-geschrevene evenwel altijd al wilsonbekwaam is geweest, kan er geen rechtsgeldige toestemming om te vertolken zijn en zal orgaanwegname na overlijden dus nooit in België kunnen plaatsvinden. Op het geval van wilsonbekwamen wordt later nog dieper ingegaan.⁴⁹¹⁸

Hoe kan de vereiste toestemming worden uitgedrukt? De niet-ingeschrevene kan zijn toestemming in ieder geval *niet* uitdrukken via het Belgische donorregister.⁴⁹¹⁹ Overeenkomstig het zelfbepalingsrecht kan de toestemming daarentegen wel rechtsgeldig worden geuit op iedere andere wijze.⁴⁹²⁰ Dit kan bv. gebeuren via toestemmingsregistratie in een buitenlands register. In dat geval kan het Belgische transplantatiecentrum navraag naar deze geregistreerde donatieverklaring doen door bv. consultatie via de contactpunten die in het raam van Richtlijn 2012/25/EU worden opgericht.⁴⁹²¹ De donatieverklaring van de niet-ingeschrevene kan daarnaast ook op niet-geregistreerde wijze gebeuren (bv. donorkaart, mondelinge mededeling aan de naasten).⁴⁹²² Hiertoe zal het transplantatiecentrum op de eerste plaats de naasten van de

⁴⁹¹² Brussel 29 november 2005, *JT* 2006, 198.

⁴⁹¹³ Cf. *supra* Hoofdstuk II, Afd. 2, § 1, B.2. van dit Deel.

⁴⁹¹⁴ Zie ook: T. GOFFIN en H. NYS, “De ontwikkelingen in het medisch recht in 2012” in *Recht in beweging*, 2013, (81) 95. *Contra*: H. NYS, L. BODDEZ en E. VANERMEN, *Overzicht van het gezondheidsrecht in 2012, 2013 en 2014*, Mechelen, Kluwer, 2015, 158.

⁴⁹¹⁵ Art. 10, § 1, lid 3 Orgaantransplantatiewet verwijst letterlijk naar “de personen die in het eerste lid niet bedoeld zijn”. Het eerste lid van art. 10, § 1 heeft het over al wie in het bevolkingsregister of sedert meer dan 6 maanden in het vreemdelingenregister is ingeschreven en bij wie organen worden weggenomen.

⁴⁹¹⁶ Zie *supra* Hoofdstuk III, Afd. 1, § 2 en Afd. 2, § 2 van dit Deel.

⁴⁹¹⁷ Zie over het vertegenwoordigingsrecht van de naasten *supra* Hoofdstuk II, Afd. 3, § 1 van dit Deel, alsook *infra* C.3.b. van deze paragraaf.

⁴⁹¹⁸ Zie *infra* C.3.

⁴⁹¹⁹ KB van 26 maart 1987 tot wijziging van het KB van 30 oktober 1986 tot regeling van de wijze waarop de donor of de personen bedoeld in artikel 10, § 2, van de wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, hun wil te kennen geven, *BS* 14 april 1987; art. 1 en 4 KB Registratie, die de geregistreerde donatieverklaringen enkel openstellen voor zij die in het bevolkingsregister of sedert meer dan zes maanden in het vreemdelingenregister zijn ingeschreven. Dit is logisch, aangezien de registratie verloopt via het rijksregister en dit inschrijving veronderstelt.

⁴⁹²⁰ Zie ook: Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220/9, 45; Rb. Brussel 15 maart 2002, *T. Gez.* 2003, 327.

⁴⁹²¹ Commission staff working document on the mid-term review of the “Action Plan on Organ Donation and Transplantation (2009-2015): Strengthened Cooperation between Member States”, SWD(2014) 147 final, <http://eur-lex.europa.eu>, 40 en 42.

⁴⁹²² Vgl. *supra* Hoofdstuk III, Afd. 2, § 2 van dit Deel. Zie: H. NYS, L. BODDEZ en E. VANERMEN, *Overzicht van het gezondheidsrecht in 2012, 2013 en 2014*, 2015, 157, die menen dat alleen een schriftelijke toestemming voldoende zekerheid aan de wegnemende arts biedt. Sommigen achten ook een testamentaire donatieverklaring nuttig voor zij die niet onder het Belgische *presumed consent*-systeem vallen (zie: C. DE WULF, *Het opstellen van notariële akten. Deel I*, Mechelen, Kluwer, 2002, 505; R. DILLEMANS, A. VAN DEN BOSSCHE en M. DE CLERCQ, *Testamenten*, Mechelen, Kluwer, 2012, 271). Zie evenwel over het risico op laattijdige opening van het testament *supra* Hoofdstuk III, Afd. 2, § 2, A van dit Deel.

niet-ingeschrevene moeten consulteren.⁴⁹²³ Ook hiervoor zouden de contactpunten in het raam van Richtlijn 2012/25/EU dienstig kunnen zijn.⁴⁹²⁴

2. Ongeïdentificeerde overledenen

1038. Zoals gezegd, speelt het toestemmingsvermoeden overeenkomstig artikel 10, § 1, lid 1 Orgaantransplantatiewet enkel ten aanzien van zij die in het bevolkingsregister of sedert meer dan zes maanden in het vreemdelingenregister zijn ingeschreven. Indien de overledene niet geïdentificeerd kan worden, dan zal echter niet kunnen worden vastgesteld of deze in het bevolkingsregister, dan wel in het vreemdelingenregister is ingeschreven. Het toestemmingsvermoeden zal bijgevolg niet in werking kunnen treden.⁴⁹²⁵ Overeenkomstig artikel 10, § 1, lid 3 Orgaantransplantatiewet zal orgaanwegname dan enkel nog mits bewijs van uitdrukkelijke toestemming van de betrokkene kunnen plaatsvinden. Wegens het gebrek aan identificatie zullen echter noch het donorregister, noch de naasten kunnen geconsulteerd worden met het oog op dergelijke toestemming. De toestemmingsregels leiden er dus toe dat ongeïdentificeerde overledenen naar Belgische recht *de facto* geen orgaandonor kunnen zijn.⁴⁹²⁶ Dit blijkt eveneens het geval te zijn in de *presumed consent*-landen Frankrijk en Wales.⁴⁹²⁷ Aangezien zo het risico op miskenning van een eventueel verzet tegen orgaanwegname wordt geëlimineerd, strookt de uitsluiting van ongeïdentificeerde donoren dus met hun zelfbepalingsrecht.

Daarnaast moet ook rekening worden gehouden met artikel 3ter, § 1, lid 1 Orgaantransplantatiewet. Deze bepaling verplicht dat alle donoren voor de transplantatie moeten worden gekarakteriseerd conform het model in bijlage bij de wet.⁴⁹²⁸ Dit model vereist onder meer de vermelding van de geboortedatum en de anamnese van de donor.⁴⁹²⁹ Bij gebrek aan identificatie zal de geboortedatum echter niet beschikbaar zijn. Het gebrek aan identificatie belet bovendien de raadpleging van een patiëntendossier of van naasten in verband met de anamnese van donor.⁴⁹³⁰ De voorwaarde van artikel 3ter, § 1, lid 1 Orgaantransplantatiewet verhindert dus onrechtstreeks de orgaanwegname bij ongeïdentificeerde donoren. Aangezien zo bepaalde risico's op incompatibiliteit of ziekteoverdracht vermeden kunnen worden, kan de uitsluiting van ongeïdentificeerde donoren dus ook de gezondheidsbelangen van de ontvanger dienen.

⁴⁹²³ Vgl. *supra* Hoofdstuk III, Afd. 2, § 1, C van dit Deel. Zie ook: Rb. Brussel 15 maart 2002, *T. Gez.* 2003, 327.

⁴⁹²⁴ Commission staff working document on the mid-term review of the "Action Plan on Organ Donation and Transplantation (2009-2015): Strengthened Cooperation between Member States", SWD(2014) 147 final, <http://eur-lex.europa.eu>, 40 en 42.

⁴⁹²⁵ Uit de tekst van art. 10, § 1, lid 1 Orgaantransplantatiewet kan enkel worden afgeleid dat de toestemming kan worden vermoed, maar niet dat ook de vereiste inschrijving mag worden verondersteld.

⁴⁹²⁶ Slechts in het uitzonderlijke geval dat een donorkaart op zak worden gevonden zonder identiteitsgegevens, zou de toestemmingsvoorwaarde vervuld kunnen worden.

⁴⁹²⁷ Frankrijk: Conseil d'Orientation, nr. 2012-CO-28, "Règles de bonnes pratiques relatives au prélèvements d'organes à la finalité thérapeutique sur personne décédée", <http://www.agence-biomedecine.fr>, 13. Wales: Explanatory notes, Human Transplantation (Wales) Act 2013, nr. 3; Human Tissue Authority Code of Practice on living and deceased organ and tissue donation for transplantation – Wales (2013), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, nr. 16. *Contra* de Verenigde Staten, waar orgaanwegname bij ongeïdentificeerden al wel werd toegestaan: *Brown v. Delaware Valley Transplant Program*, 539 A.2d 1372 (Pa. Super. 1988), na goedkeuring van een rechter; *Jacobsen v. Marin General Hospital*, 963 F.Supp. 866 (Dist. N.D. Cal. 1997), bevestigd in *Jacobsen v. Marin General Hospital*, 192 F.3d 881 (9th Cir. App. 1999); J.G. AUGUST, o.c., *Hastings Const. L.Q.* 2013, (393) 399.

⁴⁹²⁸ Zie uitgebreider *infra* Deel VI, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, A.1.

⁴⁹²⁹ Nrs. 7^e en 17^e Bijlage Orgaantransplantatiewet.

⁴⁹³⁰ Vgl. G.K. SHEN, P.A. NILES en K.E. RICHARDSON, o.c., *Transplantation* 2004, 792-793; Human Tissue Authority Draft Code of Practice on living and deceased organ and tissue donation for transplantation – Wales (2013), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, nr. 17.

3. Wilsonbekwamen

a. Neonaten

1039. Voor neonaten of pasgeborenen moet *grosso modo* een onderscheid worden gemaakt tussen twee hypothesen. In de eerste hypothese komt het kind ofwel niet levend (bv. doodgeborenen) ofwel levend, maar niet levensvatbaar (bv. anencefalen) ter wereld.⁴⁹³¹ In sommige gevallen zou zo'n pasgeborene een bron van transplanteerbare organen kunnen zijn. Zo besloot een Engels koppel recent nog om hun anencefaal kindje te voldragen waardoor het na geboorte orgaandonor kon zijn.

Opdat de Orgaantransplantatiewet van toepassing kan zijn, moet er gehandeld worden met het oog op het 'overbrengen van een orgaan van een donor naar een ontvanger'.⁴⁹³² Indien echter een kind niet levend en levensvatbaar wordt geboren, kan het niet worden gekwalificeerd als een 'persoon' en dus evenmin als een 'donor' in de zin van de Orgaantransplantatiewet.⁴⁹³³ De moeder van dit kind kan evenmin als donor worden beschouwd, aangezien het kind op zich geen orgaan in de zin van de Orgaantransplantatiewet is.⁴⁹³⁴ Hieruit volgt dat de Orgaantransplantatiewet, inclusief het toestemmingsvermoeden uit artikel 10, § 1, lid 1 van deze wet, niet van toepassing is op orgaanwegneming bij neonaten die niet levend en levensvatbaar geboren zijn.⁴⁹³⁵ Wellicht is deze hypothese gewoonweg aan de aandacht van de wetgever ontsnapt.

Het toepassingsgebied van de Wet Menselijk Lichaamsmateriaal is daarentegen ruimer geformuleerd. Deze wet is van toepassing op allerlei handelingen met 'menselijk lichaamsmateriaal' met het oog op onder meer de geneeskundige toepassing op de mens (incl. transplantatie).⁴⁹³⁶ Hierbij wordt de donor niet gedefinieerd als 'persoon', maar als elke menselijke 'bron', dood of levend, van menselijk lichaamsmateriaal.⁴⁹³⁷ Niettemin blijkt uit de overige regels van deze wet dat deze 'bron' wel degelijk een persoon moet zijn,⁴⁹³⁸ zodat niet levend en levensvatbaar geboren kinderen alvast geen donor in de zin van de Wet Menselijk Lichaamsmateriaal zijn. Onder 'menselijk lichaamsmateriaal' wordt verstaan elk biologisch lichaamsmateriaal.⁴⁹³⁹ Dit begrip is wél ruim genoeg om kinderen die niet levend en levensvatbaar geboren zijn, te omvatten.⁴⁹⁴⁰ Onder 'menselijk lichaamsmateriaal' worden eveneens verstaan de substanties die uit het biologisch lichaamsmateriaal worden onttrokken.⁴⁹⁴¹ De organen die uit dergelijk kind worden weggenomen, zijn dus ook menselijk lichaamsmateriaal. Aangezien de moeder de bron van dit 'lichaamsmateriaal' vormt, zal zij als donor in de zin van deze wet moeten worden beschouwd. Zij zal dan in beginsel overeenkomstig

⁴⁹³¹ Zie reeds *supra* Deel II, Hoofdstuk III, Afd. 2, § 1, B.2.a.

⁴⁹³² Art. 1, lid 1 en art. 1ter, 14° Orgaantransplantatiewet.

⁴⁹³³ Zie art. 1ter, 2° Orgaantransplantatiewet en *supra* Deel II, Hoofdstuk III, Afd. 2, § 1, B.2.a.

⁴⁹³⁴ Art. 1ter, 6° Orgaantransplantatiewet: er is slechts sprake van een orgaan indien het gaat om een deel van het menselijk lichaam. Het kind dat niet levend en levensvatbaar werd geboren, is veeleer een lichaam op zich.

⁴⁹³⁵ Zie ook: H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, Mechelen, Kluwer, 2005, 279, die toen stelde dat niemand kan beslissen.

⁴⁹³⁶ Art. 2, 20° en art. 3, § 1, lid 1 Wet Menselijk Lichaamsmateriaal.

⁴⁹³⁷ Art. 2, 8° Wet Menselijk Lichaamsmateriaal.

⁴⁹³⁸ Dit valt immers impliciet af te leiden uit de zeggenschap (meer bepaald het toestemmingsvereiste) die aan de donor wordt toegekend. Dergelijke zeggenschap kan enkel aan een persoon toekomen. Zo wordt de donor ook beschouwd als iemand die een vergoeding mag ontvangen (art. 6, § 2). Opnieuw kan men bezwaarlijk stellen dat een rechtsobject een recht op vergoeding kan hebben. Ten slotte wordt ook gesproken over het overlijden van de donor (art. 12). Er kan slechts sprake zijn van een overlijden, indien men een persoon is geweest.

⁴⁹³⁹ Art. 2, 1° Wet Menselijk Lichaamsmateriaal.

⁴⁹⁴⁰ S. PANIS, "Lichaamsmateriaal voor geneeskundige toepassingen op de mens" in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1215) 2416.

⁴⁹⁴¹ Art. 2, 1° Wet Menselijk Lichaamsmateriaal.

artikel 10, § 5 Wet Menselijk Lichaamsmateriaal voorafgaand toestemming moeten geven voor het gebruik⁴⁹⁴² van de organen van haar kind voor transplantatiedoeleinden.

Het bovengeschetste wetgevend kader voor orgaanwegneming bij niet levende en niet levensvatbare pasgeborenen is m.i. niet bevredigend. Enerzijds volstaat de eenzijdige zeggenschap van de moeder niet. Zowel de psychische integriteit van de moeder, als die van haar partner kunnen aangetast worden door de ongewilde wegneming, dan wel bevorderd worden met de wens om de geboorte toch nog zin te geven via orgaandonatie. Persoonlijkheidsrechtelijk kan dus een zeggenschap voor beiden verdedigd worden. Dit moet duidelijker in de wet geregeld worden.⁴⁹⁴³ Anderzijds lijkt de Wet Menselijk Lichaamsmateriaal niet het meest gepast kader te bieden. De organen van niet levend en niet levensvatbare neonaten moet net zoals organen van donoren snel worden getransplanteerd, bij voorkeur binnen het kwaliteitsvolle kader van een transplantatiecentrum en na een eerlijke orgaanallocatie. Hiertoe zal de Orgaantransplantatiewet een veel beter kader bieden.⁴⁹⁴⁴ Indien orgaanwegneming bij niet levend en niet levensvatbare pasgeborenen duidelijker zou worden geregeld, dan moet dit dus in de Orgaantransplantatiewet gebeuren.

1040. In de tweede hypothese wordt het kind wél levend en levensvatbaar geboren en kan het dus als een ‘persoon’ worden gekwalificeerd. Indien het kind evenwel kort na de geboorte zou overlijden, rijst mogelijk de vraag naar orgaanwegneming voor transplantatiedoeleinden. Aangezien het kind vóór zijn overlijden een persoon is geweest, valt het onder definitie van ‘donor’ in de zin van de Orgaantransplantatiewet.⁴⁹⁴⁵ Deze wet en meer bepaald haar bepalingen betreffende orgaanwegneming na overlijden zullen bijgevolg van toepassing zijn. Dit wil echter nog niet zeggen dat automatisch ook het toestemmingsvermoeden van toepassing is. Ingevolge artikel 10, § 1, lid 1 Orgaantransplantatiewet moet een bijkomend onderscheid worden gemaakt naargelang het kind al dan niet in het bevolkingsregister of meer dan zes maanden in het vreemdelingenregister is ingeschreven.

Indien het kind overlijdt alvorens het is ingeschreven, dan zal er geen toestemmingsvermoeden gelden.⁴⁹⁴⁶ Overeenkomstig artikel 10, § 1, lid 3 Orgaantransplantatiewet kan orgaanwegneming dan slechts indien de donor uitdrukkelijk heeft

⁴⁹⁴² Art. 2, 19° Wet Menselijk Lichaamsmateriaal: gebruik is elke toepassing van menselijk lichaamsmateriaal die volgt op de laatste handeling die ermee is verricht. Voor de transplantatie moeten de organen van het niet levend en niet levensvatbare kind eerst weggenomen worden bij dit kind. De voorgaande handelingen zijn dus wellicht een bewerking (art. 2, 13°: elke handeling die wordt verricht bij de preparatie, manipulatie, preservatie en verpakking van menselijk lichaamsmateriaal), preservatie (art. 2, 14°: het gebruik van chemische of biologische stoffen, wijzigingen in de omgevingscondities of andere middelen tijdens de bewerking, bedoeld om de kwaliteit van het menselijk lichaamsmateriaal te beschermen of de biologische of fysieke achteruitgang te voorkomen of vertragen) of het bewaren (art. 2, 15°: het menselijk lichaamsmateriaal onder gepaste en gecontroleerde omstandigheden handhaven tot de distributie ervan).

⁴⁹⁴³ Naar analogie met: art. 15, § 2 Vlaams Decreet van 16 januari 2004 op de begraafplaatsen en de lijkbezorging (BS 10 februari 2004); art. L.1232-17 Wetboek van 22 april 2004 van de plaatselijke democratie en decentralisatie (BS 12 augustus 2004); art. 16 Decreet Duitstalige Gemeenschap van 14 februari 2011 op de begraafplaatsen en de lijkbezorging (BS 28 maart 2011); art. 15ter Wet van 20 juli 1971 op de begraafplaatsen en de lijkbezorging (BS 3 augustus 1971); art. 80bis en artt. 373-374 BW; art. 3, lid 1 Wet van 26 maart 2003 houdende regeling van de autopsie na het onverwachte en medisch onverklaarde overlijden van een kind van minder dan achttien maanden, BS 22 mei 2003; T. VANSWEEVELT, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (1559) 1559-1560 en 1585. Zie ook al: H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 2005, 433.

⁴⁹⁴⁴ Cf. reeds *supra* Deel II, Hoofdstuk III, Afd. 1, § 1 over het onderscheid tussen de Orgaantransplantatiewet en de Wet Menselijk Lichaamsmateriaal.

⁴⁹⁴⁵ Zie *supra* Deel II, Hoofdstuk III, Afd. 2, § 1, B.2.a.

⁴⁹⁴⁶ H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 2005, 433; *Vr. en antw.* Kamer 2009-10, 11 februari 2010, Vr. nr. 332 K. DELLA FAILLE DE LEVERGHEM; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 122; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, 2004, nr. 505; G. BAETEMAN, *Personen- en gezinsrecht*, Deurne, Kluwer, 1992, nr. 84.

toegestemd.⁴⁹⁴⁷ Aangezien de donor *in casu* steeds wilsonbekwaam zal zijn om toe te stemmen, zal orgaanwegname bij niet-ingeschreven neonaten *de facto* niet mogelijk zijn.⁴⁹⁴⁸ Dit kan nochtans de persoonlijkheidsrechten van de ouders van de pasgeborene aantasten en zal ook kostbare organen verloren doen gaan.

Indien het kind daarentegen pas na inschrijving overlijdt, dan zal het toestemmingsvermoeden van artikel 10, § 1, lid 1 Orgaantransplantatiewet in principe wel gelden. Hiervoor kan worden verwezen naar wat hieronder over minderjarige wilsonbekwamen wordt gezegd.

b. Wilsonbekwamen in het algemeen

1041. Artikel 10, § 1, lid 1 Orgaantransplantatiewet maakt geen onderscheid naargelang wilsbekwaamheid of leeftijd. Het toestemmingsvermoeden geldt in principe dus zowel voor wilsbekwame, als wilsonbekwame minder- en meerderjarigen.⁴⁹⁴⁹ Hierin verschilt de Belgische wet van de Welshe en de Franse *presumed consent*-wetgeving. In Wales geldt het toestemmingsvermoeden immers noch voor meerderjarigen die een significante periode vóór hun dood⁴⁹⁵⁰ onvoldoende bekwaam waren om de notie van het toestemmingsvermoeden te begrijpen, noch voor minderjarigen.⁴⁹⁵¹ Evenzo zijn in Frankrijk alle minderjarigen en bevoogde meerderjarigen van het toestemmingsvermoeden uitgesloten.⁴⁹⁵² Het is daarom de moeite waard om het Belgische toestemmingsvermoeden ten aanzien van wilsonbekwame minder- en meerderjarigen van naderbij te bekijken.

1042. Het uitgangspunt is dat niet enkel wilsbekwamen, maar ook wilsonbekwamen drager zijn van een zelfbepalingsrecht inzake de lijkbestemming. Dit recht komt in principe immers aan iedere persoon toe.⁴⁹⁵³ Het verschil is slechts dat wilsonbekwamen niet in staat zullen zijn om dit recht zelf te kunnen uitoefenen. Het toestemmingsvermoeden kan bijgevolg net als bij wilsbekwamen in beginsel worden gekwalificeerd als een inmenging in dit zelfbepalingsrecht. Opdat deze inmenging gerechtvaardigd is, moet ze niet enkel in een duidelijke wet zijn vervat, maar ook evenredig zijn aan de belangen van de orgaanontvangers (art. 8, § 2 EVRM).⁴⁹⁵⁴

1043. Ten aanzien van de belangen van de orgaanontvangers kan worden aangenomen dat een toestemmingsvermoeden voor wilsonbekwame donoren voordeliger is dan een systeem van uitdrukkelijke toestemming. Wegens hun permanente of tijdelijke wilsonbekwaamheid zouden deze donoren immers niet steeds zelf toestemming kunnen geven. Zoals in Wales⁴⁹⁵⁵ en Frankrijk⁴⁹⁵⁶ kan dit weliswaar worden opgevangen door orgaanwegname ook mogelijk te maken mits toestemming van de ouders van de minderjarige of de vertegenwoordiger van de meerderjarige wilsonbekwame. Zoals al eerder besproken, zal een toestemmingsvermoeden

⁴⁹⁴⁷ Vgl. *supra* C.1.b van deze paragraaf.

⁴⁹⁴⁸ *Contra*: T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 122, waar wordt verdedigd dat de ouders moete toestemmen.

⁴⁹⁴⁹ I. BOONE, *o.c.*, *TPR* 1996, (91) 118.

⁴⁹⁵⁰ Minstens 12 maanden: Human Tissue Authority Code of Practice on living and deceased organ and tissue donation for transplantation – Wales (2013), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, nr. 122.

⁴⁹⁵¹ Sec. 5(3)(b) en sec. 6(2) Human Transplantation (Wales) Act 2013.

⁴⁹⁵² Art. L1232-2, lid 1 Code de la santé publique ; C. BERNARD-XEMARD, *o.c.*, *Droit de la famille* 2012, www.lexisnexis.com, nr. 11, die dit beschouwt als een versterking van de bescherming van de minderjarige.

⁴⁹⁵³ Vgl. *supra* Deel IV, Hoofdstuk V, Afd. 2, § 2, A.1.

⁴⁹⁵⁴ Vgl. *supra* Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, A van dit Deel.

⁴⁹⁵⁵ Sec. 5(4) en sec. 6(4) Human Transplantation (Wales) Act 2013.

⁴⁹⁵⁶ Art. L1232-2, lid 1 Code de la santé publique.

wellicht een gunstiger uitgangspunt bieden en tot meer organen kunnen leiden.⁴⁹⁵⁷ Dit vormt een argument *pro* het toestemmingsvermoeden t.a.v. wilsonbekwamen.

1044. Ten aanzien van de belangen van de wilsonbekwame donoren zijn net zoals bij wilsbekwame donoren twee elementen van belang: de waarachtigheid en de weerlegbaarheid van het toestemmingsvermoeden.

Wat betreft de waarachtigheid van dit vermoeden moet worden toegegeven dat de mate van donatiebereidheid bij wilsonbekwamen strikt gezien niet gemeten kan worden zoals bij wilsbekwamen. De wilsonbekwaamheid impliceert immers dat de betrokkene zich niet op doordachte wijze kan uitspreken over zijn donatiebereidheid.⁴⁹⁵⁸ Niettemin kan wel worden aangenomen dat de meerderheid van de wilsbekwame Belgen bereid is om na overlijden donor te zijn.⁴⁹⁵⁹ Indien de wilsonbekwame wilsbekwaam zou zijn, dan was de kans dus groter dat hij zou toestemmen. Dit pleit veeleer vóór het toestemmingsvermoeden t.a.v. wilsonbekwamen.⁴⁹⁶⁰

Wat betreft de weerlegbaarheid van dit vermoeden moet rekening worden gehouden met de verzetsmogelijkheid. Hiervoor kan een onderscheid worden gemaakt naargelang de aard van de wilsonbekwaamheid. Wilsonbekwamen die tijdens hun leven ooit wél wilsbekwaam zijn geweest (bv. comateuze patiënten), zullen in principe de mogelijkheid hebben gehad om kennis te krijgen van het toestemmingsvermoeden en om hun verzet uit te drukken. Voor hen is er dus weinig tot geen verschil met wilsbekwamen, wat zoals eerder gezegd veeleer pleit vóór het toestemmingsvermoeden.⁴⁹⁶¹ Wilsonbekwamen die daarentegen nooit wilsbekwaam zijn geweest (bv. een onvolwassen minderjarige), hebben nooit de mogelijkheid gehad om zelf verzet te uiten. Wel kunnen de naasten tot op zekere hoogte in naam van de wilsonbekwame donor verzet uiten, maar wegens de wilsonbekwaamheid zal dit wellicht veeleer neerkomen om de wil van de naasten zelf.⁴⁹⁶² Ten aanzien van overleden wilsonbekwamen die voorheen nooit wilsbekwaam zijn geweest, zou het toestemmingsvermoeden dus beschouwd kunnen worden als een schending van het zelfbepalingsrecht. Indien echter meer gewicht wordt toegekend aan de belangen van de ontvangers en/of de zeggenschap van de naasten⁴⁹⁶³, dan zou de inmenging in het zelfbepalingsrecht alsnog evenredig kunnen worden geacht.⁴⁹⁶⁴

4. Leden van bepaalde religieuze groepen

1045. Naleving van religieuze voorschriften is een vaak genoemde reden waarom potentiële donoren zich tegen orgaanwegneming na overlijden verzetten.⁴⁹⁶⁵ In België betreft het slechts

⁴⁹⁵⁷ Zie *supra* § 1 van deze Afdeling.

⁴⁹⁵⁸ In die zin ook: D.G. ORENSTEIN en L.M. BETTINI, *o.c.*, *Annals Health L.* 2014, (141) 150-151.

⁴⁹⁵⁹ Zie *supra* A van deze paragraaf.

⁴⁹⁶⁰ Vgl. ook BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, *Organ donation in the 21st century*, London, BMA, 2000, 18.

⁴⁹⁶¹ Vgl. ook: sec. 5(3)(b) Human Transplantation (Wales) Act 2013, dat het toestemmingsvermoeden enkel uitsluit voor wilsonbekwamen die aanzienlijke tijd wilsonbekwaam waren.

⁴⁹⁶² Zie art. 10, § 2 Orgaantransplantatiewet en uitvoerig *supra* Hoofdstuk II, Afd. 3, § 2, A.2.a.1) van dit Deel. Vgl. ook L. CHERKASSKY, *o.c.*, *EJHL* 2010, (149) 153-154, over minderjarigen.

⁴⁹⁶³ Vgl. de discussie *supra* Hoofdstuk II, Afd. 3, § 2, B van dit Deel. Zie *contra* het toestemmingsvermoeden van minderjarigen, maar *pro* een vereiste van toestemming van de ouders: H.E.G.M. HERMANS, *Gezondheidsrecht en minderjarigen: de rechtspositie van minderjarigen in de gezondheidszorg*, Deventer, Kluwer, 1990, 118 ; D.G. ORENSTEIN en L.M. BETTINI, *o.c.*, *Annals Health L.* 2014, (141) 150-151.

⁴⁹⁶⁴ Zie ook: Memorie van toelichting Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 100-101, waar de lidstaten vrij worden gelaten om de toestemming van zij die tijdens het leven niet bekwaam waren om toe te stemmen, te vermoeden.

⁴⁹⁶⁵ Zie o.a.: RATHENAU INSTITUUT, *Tekort aan donororganen nauwelijks oplosbaar*, 2002, 7; R.D. FRIELE *et al.*, *Derde evaluatie Wet op de orgaantransplantatie*, Den Haag, ZonMw, 2006, 103-104; S. TACK, *o.c.*, *Orpadt forum* 2006, jaargang 7, nr. 1, (20) 24-25; F. BILGEL, *The law and economics of organ procurement*, 2011, 7-8.

een beperkte groep.⁴⁹⁶⁶ Het recht om zich wegens religieuze overtuiging te verzetten, vloeit zonder twijfel voort uit het zelfbepalingsrecht (art. 8, § 1 EVRM) en desgevallend ook uit het recht op godsdienstvrijheid (art. 9, § 1 EVRM). Indien de toestemming van deze gelovigen tot orgaanwegneming wordt vermoed, zal er sprake zijn van een inmenging in deze rechten. Zoals gezegd, is deze wettelijke inmenging slechts geoorloofd indien ze evenredig is aan de belangen van de ontvangers (art. 8, § 2 en art. 9, § 2 EVRM). Om deze evenredigheid te beoordelen, moet onder meer gekeken worden naar de waarachtigheid van het toestemmingsvermoeden.⁴⁹⁶⁷ Bij de totstandkoming van de Orgaantransplantatiewet merkte de Raad van State op dat het toestemmingsvermoeden wellicht vaak zou ingaan tegen de godsdienstige overtuiging van bepaalde categorieën vreemdelingen.⁴⁹⁶⁸ De donatiebereidheid van bepaalde religieuze groepen en dus de waarachtigheid van het toestemmingsvermoeden t.a.v. hen werd met andere woorden betwijfeld. De Raad van State suggereerde de wetgever dan ook om na te denken over het verlenen van de bevoegdheid aan de Koning om deze religieuze groepen uit te sluiten van het toestemmingsvermoeden.⁴⁹⁶⁹ Er werd destijds vooral gedacht aan de Islamitische gemeenschap.⁴⁹⁷⁰ Een uitdrukkelijke uitsluiting van moslims was bv. tot 2008 te vinden in de Singaporese *presumed consent*-wet.⁴⁹⁷¹

De Belgische wetgever is evenwel nooit op de suggestie van de Raad van State ingegaan. Het toestemmingsvermoeden is dan ook overeenkomstig artikel 10, § 1, lid 1 Orgaantransplantatiewet van toepassing ongeacht de religieuze overtuiging. Deze keuze kan worden bijgetreden.⁴⁹⁷² Het is immers erg moeilijk om de uit te sluiten religieuze groepen te definiëren.⁴⁹⁷³ De grote godsdiensten, waaronder de Islam, zijn immers niet categoriek tegen orgaandonatie gekant.⁴⁹⁷⁴ Binnen deze erediensden bevinden zich voor- en tegenstanders, en wordt de donatiekeuze veeleer overgelaten aan de persoonlijke keuze.⁴⁹⁷⁵ De verzetscijfers onder moslims blijken vooral voort te spruiten uit onwetendheid omtrent de tolerante houding van de Islam t.a.v. orgaandonatie.⁴⁹⁷⁶ In plaats van een uitzondering op het

⁴⁹⁶⁶ Uit een enquête in 2009 is gebleken dat 22% van de Belgische bevolking niet bereid is om donor te zijn. Hiervan gaf slechts 7% religie als reden op. Zie: Eurobarometer - Special Survey 333a, "Organ donation and transplant", 2009, http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_333a_en.pdf, factsheet België.

⁴⁹⁶⁷ Zie *supra* A van deze paragraaf.

⁴⁹⁶⁸ Advies Raad van State, *Parl. St. Senaat* 1984-1985, nr. 832-1, 37.

⁴⁹⁶⁹ Advies Raad van State, *Parl. St. Senaat* 1984-1985, nr. 832-1, 37.

⁴⁹⁷⁰ Advies Raad van State, *Parl. St. Senaat* 1984-1985, nr. 832-1, 37. Zie ook: *Hand. Kamer* 1985-86, 3 juni 1986, 1230.

⁴⁹⁷¹ Vroeger sec. 5(2)(g) Singaporese Human Organ Transplant Act (1987), te raadplegen op <http://statutes.agc.gov.sg>.

⁴⁹⁷² Zie ook: Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité over het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake kwaliteits- en veiligheidsnormen voor menselijke organen, bestemd voor transplantatie, *Pb. C.* 16 december 2009, afl. 306, 64, punt 1.4., waar het Comité meent dat religieuze factoren niet als een argument tegen orgaandonatie mogen worden aangevoerd.

⁴⁹⁷³ Vgl. L. CHERKASSKY, o.c., *EJHL* 2010, (149) 160-161.

⁴⁹⁷⁴ BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, *Organ donation in the 21st century: Time for a consolidated approach*, London, BMA, 2000, 17; "Waarom sommige gelovigen hun hart niet willen schenken", *De Morgen* 7 september 2001; B. VAN HAELEWIJCK, *Don d'organes. Don de tissus*, 2002, 117-134; P. BRUZZONE, "Religious aspects of Organ Transplantation" in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation: Ethical, Legal and Psychosocial Aspects. Towards a Common European Policy*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2008, (327) 331; G.M. ABOUNA, "Islamic Views and Perspectives on Organ Donation and Transplantation" in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2008, (317) 317-318; P. SCHOTSMANS *et al.*, "Ethiek en religie" in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (136) 141.

⁴⁹⁷⁵ C. HOFFER, *Levenschouwing en orgaandonatie. Een vergelijking van joodse, christelijke, islamitische en humanistische opvattingen*, Amsterdam, Dutch University Press, 2002, 73; HOUSE OF LORDS EUROPEAN UNION COMMITTEE, *Increasing the supply of donor organs within the European Union. Vol. I: Report*, 2008, www.publications.parliament.uk, 71; M. PROOST, *Wat iedereen over orgaandonatie & transplantatie zou moeten weten*, gratis brochure (LLT), 15.

⁴⁹⁷⁶ "Moslimhart is even groot als dat van christen", *De Morgen* 16 mei 2007, 36; J. MATTHIJS, "Interview met Luc Colenbie, transplantcoördinator aan het UZ Gent", 15 oktober 2009, www.demaakbaremens.org. "Hoe kijken moslims aan tegen orgaandonatie?", *Artsenkrant*, 26 oktober 2010. Vraag om uitleg van mevrouw Fatma Pehlivan aan de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid over "de transplantatie en donatie van organen", *Hand. Senaat* 2004-05, 24 februari 2005, (Vr. nr. 3-602); *Vr. en Antw. Senaat* 2008-09, 23 maart 2009, (Vr. nr. 329 K. DELLA FAILLE DE LEVERGHEM). Zie ook over Moslims in Nederland: *Vr. en Antw. Kamer* 2004-05, 16 maart 2005, (Vr. nr. 423 F. DE MAN); B. VAN HAELEWIJCK, "Orgaangift... Van de dood naar het

toestemmingsvermoeden is dus veeleer educatie van belang, bij voorkeur in samenwerking met gezaghebbende mede-gelovigen zoals de geloofsleiders of artsen.⁴⁹⁷⁷ De verzetsmogelijkheid zal volstaan om het zelfbepalingsrecht te waarborgen.⁴⁹⁷⁸

5. Bijzondere organen

1046. Artikel 10, § 1, lid 1 Orgaantransplantatiewet maakt geen onderscheid naargelang het type orgaan. Het toestemmingsvermoeden geldt in principe dus voor transplantatie van alle soorten organen, zowel de traditionele ‘solide’ organen (bv. nieren, lever, hart), als de complexe samengestelde weefsels (bv. handen, gezichtstransplantaten).⁴⁹⁷⁹ Nochtans kan worden afgevraagd of een toestemmingsvermoeden ten aanzien van bijzondere organen zoals bepaalde samengestelde weefsels wel verantwoord is. Hiervoor moet wederom gepeild worden naar de waarachtigheid en de weerlegbaarheid van het toestemmingsvermoeden.⁴⁹⁸⁰

Wat betreft de waarachtigheid moet worden opgemerkt dat transplantaties van complexe samengestelde weefsels zoals handen en gezichtstransplantaten medisch nieuwigheden zijn. Er zijn dan ook nog geen specifieke cijfers beschikbaar in verband met de bereidheid van de Belgische bevolking om dergelijke bijzondere organen na overlijden af te staan. Empirisch onderzoek is vereist. Voorlopig moet m.i. veeleer worden aangenomen dat deze bijzondere organen niet op dezelfde donatiebereidheid kunnen rekenen als de traditionele organen. Een aanzienlijke terughoudendheid ten aanzien van gezichts- of handdonatie is waarschijnlijk, dit wegens de nauwere band met de persoon en de sociale betekenis van deze organen.⁴⁹⁸¹ Hetzelfde kan aangenomen worden voor reproductieve organen zoals de baarmoeder of de penis.⁴⁹⁸² Dit gebrek aan bewijs van donatiebereidheid vormt een argument *contra* het toestemmingsvermoeden t.a.v. dergelijke bijzondere organen.

Wat betreft de weerlegbaarheid van dit vermoeden is, zoals gezegd, een goed toegankelijke verzetsmogelijkheid van belang. In verband met de wegneming van bijzondere organen rijst hier een dubbel probleem. Enerzijds lijkt er hierover nog maar weinig informatie te zijn verstrekt aan het publiek.⁴⁹⁸³ Vele mensen zullen wellicht nog onwetend zijn over deze nieuwe wegnemingsmogelijkheden.⁴⁹⁸⁴ Ze zullen dan ook niet weten dat ze zich hiertegen moeten verzetten (indien ze ertegen gekant zijn). Dit belet een effectieve verzetsmogelijkheid.

leven...” in A. VAN ORSHOVEN en Y. EGBERT (eds.), “*Levenstestament*” en andere voorafgaande wilsverklaringen, Antwerpen, Garant, 2003, (153) 157 en 159.

⁴⁹⁷⁷ R.D. FRIELE *et al.*, *Derde evaluatie Wet op de orgaandonatie*, 2006, 85-86 en 113-114; HOUSE OF LORDS EUROPEAN UNION COMMITTEE, *Increasing the supply of donor organs within the European Union. Vol. I: Report*, 2008, www.publications.parliament.uk, 71; K. KAUR-BOLA en G. RANDHAWA, “The role of faith/belief leaders in public engagement and organ donation” in G. RANDHAWA en S. SCHICKTANZ (eds.), *Public Engagement in Organ Donation and Transplantation*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2013, 91-99. *Contra*: E.B. BRODY, *Biomedical technology and human rights*, Aldershot, Dartmouth, 1993, 111, die vreest dat de vrije toestemming hierdoor onder druk komt te staan.

⁴⁹⁷⁸ Vgl. J.E.M. AKVELD, *Transplantatie en wetgeving*, 1987, 141-142.

⁴⁹⁷⁹ Zie *supra* Deel II, Hoofdstuk III, Afd. 1, § 2, C.3.

⁴⁹⁸⁰ *Supra* A en B van deze paragraaf.

⁴⁹⁸¹ Vgl. A. BRODIN-SARTORIUS *et al.*, “Ethical Considerations on Face Donation” in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J.V. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2011, 299-300; B. PARENT, “Informing Donors about Hand and Face Transplants: Time to Update the Uniform Anatomical Gift Act”, *Health & Biomedical L.* 2015, 309 e.v.; M. LAWLOR en I. KERRIDGE, “Anything but the Eyes: Culture, Identity, and the Selective Refusal of Corneal Donation”, *Transplantation* 2011, (1188) 1188-1189.

⁴⁹⁸² Vgl. V. BLAKE en K. SHAH, “Reproductive Tissue Transplants Defy Legal and Ethical Categorization”, *Virtual Mentor* 2012, vol. 14, (232) 233. Zie over transplantatie van reproductief lichaamsmateriaal reeds *supra* Deel II, Hoofdstuk III, Afd. 1, § 2, D.1.

⁴⁹⁸³ De informatiebrochures van de overheid bevatten er vooralsnog niets over; er is slechts sprake van een paar krantenartikelen.

⁴⁹⁸⁴ Vgl. B. PARENT, *o.c.*, *Health & Biomedical L.* 2015, 309 e.v.

Betere publiekseducatie over de mogelijkheden en de gevolgen⁴⁹⁸⁵ is aldus wenselijk.⁴⁹⁸⁶ Anderzijds is het zelfs met de nodige kennis niet mogelijk om het verzet tegen de wegneming van bijzondere organen te laten registreren zonder zich ook tegen de ‘traditionele’ orgaanwegneming te verzetten (alles-of-niets-systeem).⁴⁹⁸⁷ Dit is wel mogelijk via een niet-geregistreerde donatieverklaring, maar dit garandeert dan weer minder sterk de kenbaarheid van de wil.⁴⁹⁸⁸ De nood aan versoepeling van het registratieformulier werd *supra* al verdedigd.⁴⁹⁸⁹ Vooralsnog vormt de gebrekkige toegankelijkheid van het verzet een argument *contra* een toestemmingsvermoeden t.a.v. bijzondere organen.

1047. Hierboven blijkt dat het gebrek aan waarachtigheid en weerlegbaarheid van het toestemmingsvermoeden aangaande bijzondere organen leidt tot een grotere inmenging in het zelfbepalingsrecht van de donor dan bij ‘normale’ organen. Daarbij komt nog dat gezichtstransplantaten, handen e.d. strikt gezien geen levensnoodzakelijke organen zijn. De belangen van de ontvanger bij transplantatie van bijzondere organen zullen dus mogelijk minder sterk zijn.⁴⁹⁹⁰ Dit alles maakt het toestemmingsvermoeden betreffende dergelijke bijzondere organen toch wel heel moeilijk te verantwoorden.⁴⁹⁹¹ Hiervoor zijn twee oplossingen te vinden.

Een eerste, *de lege lata* oplossing bestaat erin om de verplichting tot respect voor het lijf en tot bezorgdheid voor de gevoelens van de familie (art. 12 Orgaantransplantatiewet) zodanig te interpreteren dat ze een uitdrukkelijke toestemming voor bijzondere organen veronderstelt.⁴⁹⁹² Zo werd bv. aan de familie van de eerste Belgische gezichtsdonor specifieke geschreven toestemming gevraagd.⁴⁹⁹³ Het voordeel van deze oplossing is flexibiliteit. Naarmate het publiek beter geïnformeerd wordt, zou het toestemmingsvermoeden immers alsnog verantwoord kunnen blijken. Bovendien is het weglaten van een uitdrukkelijke uitzondering een positief signaal ten aanzien van de ontwikkeling van transplantaties met bijzondere organen. Het nadeel is evenwel dat deze oplossing voorlopig weinig rechtszekerheid biedt. De wetgever heeft samengestelde weefsels immers bewust onder de Orgaantransplantatiewet gebracht⁴⁹⁹⁴ zonder verder enig voorbehoud te formuleren. Het is dus niet zeker dat artikel 12 Orgaantransplantatiewet inderdaad kan worden geïnterpreteerd zoals hierboven werd gesuggereerd.

Een tweede, *de lege ferenda* oplossing bestaat erin om het voorbeeld van Wales te volgen. De Welshe transplantatiewet geeft namelijk aan de ministers de bevoegdheid om bepaald lichaamsmateriaal (bv. samengestelde weefsels zoals gezichten en ledematen of andere

⁴⁹⁸⁵ Ook bij gezichts- of handwegneming kan het uiterlijk met behulp van prothesen worden hersteld: P. MORRIS *et al.*, *o.c.*, *Transplantation* 2007, vol. 83, (109) 112 en 118; M. FREEMAN en P.A. JAOUDE, *o.c.*, *J. Med. Ethics* 2007, vol. 33, (76) 79 e.v.; N.A. ROCHE *et al.*, “Complex facial reconstruction by vascularized composite allotransplantation: The first Belgian case”, *J. Plast. Reconstr. Aesthet. Surg.* 2015, (362) 366.

⁴⁹⁸⁶ Vgl. T. GUTMANN en J. WIESE, “Zum rechtlichen Status van “vascularized composite allografts””, *MedR* 2014, (84) 89; B. PARENT, *o.c.*, *Health & Biomedical L.* 2015, 309 e.v.

⁴⁹⁸⁷ Cf. *supra* Hoofdstuk III, Afd. 1, § 1, B van dit Deel.

⁴⁹⁸⁸ Cf. *supra* Hoofdstuk III, Afd. 2, § 3 van dit Deel.

⁴⁹⁸⁹ Cf. *supra* Hoofdstuk III, Afd. 1, § 4 van dit Deel.

⁴⁹⁹⁰ Vgl. B. PARENT, *o.c.*, *Health & Biomedical L.* 2015, 309 e.v.; H. YOUNG, *o.c.*, *Marq. Elder’s Advisor* 2013, (197) 244. Zie ook de auteurs die een toestemmingsvermoeden slechts gerechtvaardigd achten indien de transplantatie levensnoodzakelijk is: J.H.S. VAN HERTEN, “Toestemming bij ontleding, niet gerechtelijke sectie en orgaanexplantatie”, *TvGR* 1980, (190) 195; W. DREESSEN, *o.c.*, *Jura Falc.* 1984-85, (500) 517, met verwijzing naar art. 2 EVRM.

⁴⁹⁹¹ Zie ook voor uitdrukkelijke toestemming voor gezichtstransplantatie: Advies nr. 82 van 6 februari 2004 van het Comité Consultatif National d’Éthique pour les sciences de la vie et de la santé, “L’allotransplantation de tissu composite (ATC) au niveau de la face (Greffes totale ou partielle d’un visage)”, <http://www.ccne-ethique.fr>, 17-18.

⁴⁹⁹² Vgl. reeds *supra* Hoofdstuk II, Afd. 3, § 2, A.2.a.2) van dit Deel.

⁴⁹⁹³ N.A. ROCHE *et al.*, *o.c.*, *J. Plast. Reconstr. Aesthet. Surg.* 2015, (362) 365.

⁴⁹⁹⁴ *Supra* Deel II, Hoofdstuk III, Afd. 1, § 2, C.3.

nieuwigheden) uitdrukkelijk uit te sluiten van het toestemmingsvermoeden.⁴⁹⁹⁵ Het voordeel van deze oplossing is dat zo het zelfbepalingsrecht van de donor en de gevoelens van de familie duidelijker kunnen worden beschermd, terwijl toch nog enige flexibiliteit wordt behouden.

§ 3. DE EINDBALANS

1048. Ten slotte moeten de belangen van de ontvangers tegenover de belangen van de donor worden afgewogen om de evenredigheid van het toestemmingsvermoeden ten aanzien van het zelfbepalingsrecht van de donor te beoordelen. Dit vormt het sluitstuk van het mensenrechtelijk raamwerk waarbinnen het systeem van vermoede toestemming hier wordt geanalyseerd. Maar eerst volgt voor de goede orde nog een korte recapitulatie.

A. *Recapitulatie*

1049. Langs de ene kant werd hierboven verdedigd dat het toestemmingsvermoeden in België een positieve invloed heeft uitgeoefend op het orgaanaanbod en dus op de gezondheidsbelangen van de ontvangers. Dit werd dan ook als een argument *pro* het toestemmingsvermoeden gekwalificeerd.⁴⁹⁹⁶

Het gewicht van dit argument mag weliswaar niet worden overdreven. Uit de bovenstaande discussie is immers gebleken dat het moeilijk is om de invloed van een toestemmingsvermoeden tussen allerlei andere factoren precies te bepalen. Het staat in ieder geval vast dat het toestemmingsvermoeden het orgaantekort niet heeft opgelost. Niettemin moet het gezondheidsbelang van de ontvanger m.i. hoog worden gerangschikt op de waardenladder. Daarom zal zelfs de kans op een beperkte vergroting van het orgaanaanbod aanzienlijk moeten doorwegen ten voordele van het toestemmingsvermoeden.⁴⁹⁹⁷

1050. Langs de andere kant moet worden toegegeven dat het toestemmingsvermoeden een risico op miskenning van de wil van de donor meebrengt. Dit is dan een inperking van zijn zelfbepalingsrecht, dat wordt beschouwd als één van de fundamentele rechten in de huidige maatschappij. De inperking ervan kan dan ook vanzelfsprekend worden aangevoerd als argument *contra* het toestemmingsvermoeden.⁴⁹⁹⁸

Een grondige analyse leert echter dat deze inperking in feite zeer beperkt is in België. Dit is te danken aan de hoge donatiebereidheid van de Belgische bevolking (waarachtigheid), de wettelijke verzetsmogelijkheden (weerlegbaarheid) en het beperkte toepassingsgebied van het toestemmingsvermoeden.⁴⁹⁹⁹ Dit verzwakt m.i. het zelfbepalingsargument aanzienlijk.

B. *De evenredigheidsafweging: pro presumed consent*

1051. Afhankelijk van de waardeschaal die wordt gehanteerd, kan de afweging van bovenstaande belangen tot verschillende resultaten leiden. Sommige auteurs achtten het zelfbepalingsrecht inzake lijkbestemming zo belangrijk dat ze geen enkele, zelfs geen beperkte

⁴⁹⁹⁵ Sec. 7 Human Transplantation (Wales) Act 2013; Explanatory notes, Human Transplantation (Wales) Act 2013, nr. 37.

⁴⁹⁹⁶ Zie *supra* § 1 van deze Afdeling.

⁴⁹⁹⁷ Vgl. S.A. WILCOX, o.c., *Dick. L. Rev.* 2003, (935) 938-939.

⁴⁹⁹⁸ Zie *supra* Afd. 1, § 2 van dit Hoofdstuk.

⁴⁹⁹⁹ Zie *supra* § 2, A, B en C van deze Afdeling.

inmenging ten voordele van derden dulden.⁵⁰⁰⁰ De gezondheidsbelangen van de orgaanontvangers moeten m.i. echter ook zeer veel gewicht worden toegekend.⁵⁰⁰¹ Er moet daarom worden aangenomen dat de eerder zwakke aantasting van het zelfbepalingsrecht niet opweegt tegen de gezondheidsbaten van het toestemmingsvermoeden voor de ontvangers.⁵⁰⁰² Het Belgische toestemmingsvermoeden voldoet daardoor aan het evenredigheidsvereiste van artikel 8, § 2 EVRM. Bijgevolg is dit wettelijke toestemmingsvermoeden m.i. geen schending van het zelfbepalingsrecht van de donor, maar een verantwoorde inmenging.

C. Voorstel tot verbetering

1052. Het besluit dat het vermoeden van toestemming verantwoord is, wil weliswaar niet zeggen dat dit vermoeden voortaan niet meer met een kritische blik moet worden benaderd. Er moet steeds voor ogen worden gehouden dat evenredigheid subsidiariteit veronderstelt. Dit wil zeggen dat telkens voor de minst drastische oplossing moet worden gekozen.⁵⁰⁰³ Concreet is het toestemmingsvermoeden dus maar verantwoord voor zover de baten voor de ontvangers niet even goed of beter kunnen worden bereikt zonder het zelfbepalingsrecht dermate aan te tasten.⁵⁰⁰⁴ Dit brengt mij tot twee bijkomende besluiten.

Allereerst moet worden toegegeven dat het systeem van vermoede toestemming voor verbetering vatbaar is. Zolang het zelfbepalingsrecht een fundamentele norm uitmaakt en de orgaanvermeerderende invloed van het toestemmingsvermoeden niet, zijn enkele maatregelen ter behartiging van de donorautonomie raadzaam. Om de waarachtigheid van het toestemmingsvermoeden te versterken, kan bv. verder worden ingezet op sensibilisering. Er valt specifiek te denken aan bepaalde gelovigen die orgaanwegneming weigeren uit onwetendheid over de betreffende religieuze voorschriften.⁵⁰⁰⁵ Om de weerlegbaarheid van het toestemmingsvermoeden te verbeteren, zijn de aanpassingen aan het systeem van verzetsverklaringen voorgesteld in het vorige hoofdstuk én vooral uitgebreidere informatieverstrekking aangewezen.⁵⁰⁰⁶ Tot slot is inzake de afbakening van het toepassingsgebied van het toestemmingsvermoeden meer aandacht nodig voor bepaalde ‘bijzondere’ organen.⁵⁰⁰⁷ Telkens moet uiteraard nog wel de kost van de verbeteringsmaatregel worden afgewogen tegenover de mogelijke baten.⁵⁰⁰⁸

⁵⁰⁰⁰ Zie o.a. ook : Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220-9, 8; S.N. RODRIGUEZ, *o.c.*, *FIU L. Rev.* 2011, (149) 169-170; A. GARWOOD-GOWERS, *o.c.*, *EJHL* 2013, (383) 397-398, die dit ook een kwestie van waardigheid acht.

⁵⁰⁰¹ Zie reeds *supra* Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, C.3. van dit Deel.

⁵⁰⁰² Zie o.a. ook : G. BRICMONT, *o.c.*, *JT* 1971, (145) 146; J.-P. DOLL, “L’aspect moral, religieux et juridique des transplantations d’organes”, *Gaz. Pal.* 1974, (820) 826; H.J.J. LEENEN, *o.c.*, *NJB* 1978, (871) 876 en 877; H.D.C. ROSCAM ABBING, *o.c.*, *Acta Hosp.* 1983, (5) 5 en 11; S.M. COOPER, *o.c.*, *Rutgers Computer & Tech. L.J.* 1985, (559) 575; Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220-9, 12-13 en 40-41; S. OSCHINSKY en Y. OSCHINSKY, *o.c.*, *JT* 1987, (169) 172 ; A.-M. BRIELS, *o.c.* in L. APOSTEL, P. DEVROEY en H. CAMMAER (eds.), *Beschikken over lijf en leven*, 1987, (27) 34; H.E.G.M. HERMANS, *Gezondheidsrecht en minderjarigen*, 1990, 112; C. TROUET, *Van lichaam naar lichaamsmateriaal*, 2003, 295; M.A.J.M. BUIJSEN, *o.c.*, *AA* 2003, (22) 23 en 25; D. THOUVENIN, “La loi relative à la bioéthique ou comment accroître l’accès aux éléments biologiques d’origine humaine. II- Nécessité de la volonté”, *D.* 2005, nr. 3, (172) 173; E. HULST, *o.c.*, *NJB* 2008, (1796) 1797-1798; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2010, 739; Advies nr. 54 van 10 december 2012 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, <http://www.health.belgium.be>, 41-42; H. YOUNG, *o.c.*, *Marq. Elder’s Advisor* 2013, (197) 199, 229 en 240-241; N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nr. 71 en 1003. Vgl. voor hoornvlieswegname: *Newman v. Sathyavaglswaran*, 287 F.3d 786 (US App. 9th Cir. 2002).

⁵⁰⁰³ Vgl. *supra* Deel IV, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, D.1.

⁵⁰⁰⁴ Vgl. A.C. MACDONALD, *o.c.*, *Stan. L. & Pol’y Rev.* 1997, (177) 181-182.

⁵⁰⁰⁵ Zie *supra* § 2, C.4. van deze Afdeling.

⁵⁰⁰⁶ Zie *supra* Hoofdstuk III, Afd. 1, § 3, B.2. van dit Deel en *supra* § 2, B van deze Afdeling.

⁵⁰⁰⁷ Zie *supra* § 2, C.5. van deze Afdeling.

⁵⁰⁰⁸ Zo zullen informatiecampagnes veel geld kosten, wat één van de redenen was waarom het systeem van vermoede toestemming in Engeland werd afgewezen: ORGAN DONATION TASKFORCE, *The potential impact of an opt out system for organ donation in the UK*, 2008, www.odt.nhs.uk, 20.

Daarnaast moet het belang van het toestemmingsvermoeden worden genuanceerd. Dat het toestemmingsvermoeden verantwoord is, wil nog niet zeggen dat het toestemmingsvermoeden de ultieme oplossing voor het orgaantekort is.⁵⁰⁰⁹ Het toestemmingsvermoeden moet veeleer aangezien worden als een evenwichtig middel dat *deel uitmaakt* van de oplossing.⁵⁰¹⁰ Andere maatregelen, zoals bv. donorcoördinatie⁵⁰¹¹ of preventie⁵⁰¹², zijn wegens het huidige orgaantekort evenzeer van belang. Het toestemmingsvermoeden zal daarentegen zijn rechtvaardiging verliezen indien in de toekomst zou blijken dat deze andere middelen ook zonder het toestemmingsvermoeden kunnen leiden tot een even groot orgaanaanbod, dan wel de vraag naar organen kunnen verminderen.⁵⁰¹³ Terecht beschouwde de Nationale Raad van de Orde van Artsen het toestemmingsvermoeden dan ook veeleer als een ‘noodoplossing’.⁵⁰¹⁴

1053. De voorgaande mensenrechtelijke analyse van het vermoeden van toestemming is voor alle duidelijkheid beperkt doordat ze hoofdzakelijk op de Belgische *presumed consent*-wetgeving is gericht. Dat deze wetgeving verantwoord is in het licht van artikel 8, § 2 EVRM wil niet noodzakelijk zeggen dat dit voor andere landen eveneens zo is. Het Belgische toestemmingsvermoeden is immers maar gerechtvaardigd omwille van een aantal landspecifieke elementen. Het gaat met name om het gebrek aan algemeen publiek wantrouwen,⁵⁰¹⁵ de hoge Belgische donatiebereidheid en de specifieke wettelijke modaliteiten van dit toestemmingsvermoeden (m.n. de ruime verzetsmogelijkheid en het beperkte toepassingsgebied). In landen waar deze factoren niet of in mindere mate aanwezig zijn, zal het toestemmingsvermoeden mogelijk onverantwoord zijn. Wegens het huidige gebrek aan Europese consensus zal het Europees Hof voor de Rechten van de Mens wellicht hoe dan ook aan de lidstaten een ruime appreciatiemarge toekennen.⁵⁰¹⁶

⁵⁰⁰⁹ Zie ook: A.J. CRONIN en J. HARRIS, “Authorisation, altruism and compulsion in the organ donation debate”, *J. Med. Ethics* 2010, (627) 630.

⁵⁰¹⁰ Cf. *supra* § 1 van deze Afdeling.

⁵⁰¹¹ Bv. R. MATESANZ, B. MIRANDA en C. FELIPE, “Organ Procurement in Spain: the Impact of Transplant Coordination” in Y. ENGLERT (ed.), *Organ and Tissue Transplantation in the European Union*, 1995, (103) 115. Zie al uitvoerig *supra* Deel III, Hoofdstuk II, Afd. 1, § 3.

⁵⁰¹² Zie *supra* Deel I, Hoofdstuk I, Afd. 2, § 4, B.1.

⁵⁰¹³ Vgl. A. GARWOOD-GOWERS, o.c., *EJHL* 2013, (383) 402-406, die lijkt te menen dat preventie het orgaantekort kan wegwerken, zodat het toestemmingsvermoeden niet nodig is.

⁵⁰¹⁴ Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 11 april 1987 betreffende orgaantransplantatie, www.ordomedic.be, waar de voorkeur werd gegeven aan ‘actieve solidariteit’.

⁵⁰¹⁵ Zoals gezegd, bestaat het risico dat een toestemmingsvermoeden zonder publiek vertrouwen leidt tot een daling van het orgaanaanbod. Cf. *supra* Deel II, Hoofdstuk II, Afd. 1, § 2, B.2.

⁵⁰¹⁶ Cf. *supra* Hoofdstuk II, Afd. 3, § 2, A.1.

Hoofdstuk V. Voorbereidende handelingen

Afdeling 1. Begrip

1054. In de vorige hoofdstukken lag de klemtoon op de orgaanwegneming bij overledenen. De wegneming is immers een kernhandeling in het transplantatieproces.⁵⁰¹⁷ Weliswaar veronderstelt een kwaliteitsvolle en veilige orgaantransplantatie dat reeds vóór deze wegneming wordt overgegaan tot een aantal andere handelingen die eveneens de fysieke integriteit van de donor raken. In wat volgt worden deze handelingen overkoepelend de ‘voorbereidende handelingen’ genoemd. Hierin kan een subonderscheid worden gemaakt tussen de preservatiehandelingen en de karakteriseringshandelingen. Welke preservatie- en karakteriseringshandelingen concreet worden gesteld en hoe deze in de pre-operatieve fase worden ingepland, kan variëren naargelang het type donor (*heart-beating* vs. *non-heart-beating*)⁵⁰¹⁸ en het lokale ziekenhuisprotocol.

1055. De ‘preservatiehandelingen’ zijn bedoeld om de achteruitgang van de organen van de overleden donor te voorkomen of te vertragen.⁵⁰¹⁹ Deze achteruitgang is het gevolg van de hemodynamische instabiliteit of de ischemie die met het overlijden van de donor gepaard gaat. De preservatiehandelingen kunnen vermijden dat de organen door deze aftakeling ongeschikt worden voor transplantatie alvorens de wegneming kan beginnen. Ze winnen met andere woorden tijd om alles in gereedheid te brengen voor orgaanwegneming (o.a. logistieke planning, procedure voor vaststelling van het overlijden, consultatie van het donorregister en van de naasten⁵⁰²⁰, karakterisering, zoeken van een geschikte ontvanger⁵⁰²¹).⁵⁰²² Ze zorgen er ook voor dat het transplantaat goed zal functioneren in de ontvanger, zodat hertransplantatie zo lang mogelijk vermeden kan worden.⁵⁰²³ Bijgevolg dragen de preservatiehandelingen bij tot de vergroting van het orgaanaanbod.⁵⁰²⁴ Het geheel van handelingen om de organen van de overleden donor in geschikte conditie te houden, wordt ook wel het donormanagement⁵⁰²⁵ of de preconditionering⁵⁰²⁶ genoemd. Concreet kan het gaan om:

⁵⁰¹⁷ Cf. *supra* Deel II, Hoofdstuk III, Afd. 2, § 1.

⁵⁰¹⁸ Cf. *supra* Hoofdstuk I, Afd. 3, § 1, B.2.b. van dit Deel.

⁵⁰¹⁹ Cf. reeds *supra* Deel II, Hoofdstuk III, Afd. 2, § 2, A.

⁵⁰²⁰ De preservatie kan hen meer tijd geven om rustig over donatie te beslissen en afscheid te nemen van de overledene: GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, Den Haag, Gezondheidsraad, 2003, nr. 2003/1, 244; A.K. GLAZIER, “‘The Brain Dead Patient Was Kept Alive’ and Other Disturbing Misconceptions; A Call for Amendments to the Uniform Anatomical Gift Act”, *Kan. J.L. & Pub. Pol’y* 2000, (640) 643.

⁵⁰²¹ E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen. De praktijk van postmortale orgaandonatie: een kritische beschouwing*, Utrecht, Van der Wees, 1999, 118.

⁵⁰²² F. VERSCHUREN *et al.*, “DCD (‘Donation after circulatory death’)-orgaandonoren” in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, Leuven, Acco, 2014, (68) 77-78 en 90; Memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, 22.358, nr. 3, 24; “Taking Organ Transplantation to 2020: A detailed strategy”, 2013, www.nhs.uk/to2020, 18.

⁵⁰²³ S.J. MCNALLY, E.M. HARRISON en S.J. WIGMORE, “Ethical considerations in the application of preconditioning to solid organ transplantation”, *J. Med. Ethics* 2005, (631) 631.

⁵⁰²⁴ Zie ook: S.J. MCNALLY, E.M. HARRISON en S.J. WIGMORE, *o.c.*, *J. Med. Ethics* 2005, (631) 631; G.D. NOSSENT *et al.*, “Actieve donorbehandeling nodig voor meer orgaantransplantaties”, *Ned. T. Gen.* 2009, 623-627.

⁵⁰²⁵ Zie o.a.: Eurotransplant Manual, [versie 3.0., 2013], www.eurotransplant.org, nr. 9.3.; P. LORMANS *et al.*, “Orgaandonatie in de praktijk” in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (96) 102-103; D.W. MCKEOWN, R.S. BONSER en J.A. KELLUM, “Management of the heartbeating brain-dead organ donor”, *BJA* 2012, (i96) i97; EDQM, “Organ Shortage: Current Status and Strategies for the Improvement of Organ Donation – A European Consensus Document”, 2003, <http://www.edqm.eu/nr.4.4.1>.

⁵⁰²⁶ Zie o.a.: S.J. MCNALLY, E.M. HARRISON en S.J. WIGMORE, *o.c.*, *J. Med. Ethics* 2005, (631) 631; S. FENG, “Donor Intervention and Organ Preservation: Where Is the Science and What Are the Obstacles”, *Am. J. Transpl.* 2010, vol. 10, (1155) 1156.

- ondersteuning van de respiratiefunctie (bv. mechanische ventilatie bij *heart-beating* donoren,⁵⁰²⁷ ECMO bij *non-heart-beating* donoren⁵⁰²⁸);
- ondersteuning van de hartfunctie (bv. cardiopulmonaire resuscitatie bij ongecontroleerde *non-heart-beating* donoren⁵⁰²⁹);
- inbrengen van een katheter of tube en vervolgens de toediening van koelvloeistoffen (m.n. *in situ* perfusie bij *non-heart-beating* donoren)⁵⁰³⁰, van voeding (m.n. bij *heart-beating* donoren)⁵⁰³¹ of van medicijnen (bv. om de doorbloeding te verbeteren)⁵⁰³²;
- (invasieve) monitoring⁵⁰³³; en/of
- transport van de potentiële donor naar de afdeling intensieve zorgen of het operatiekwartier (m.n. bij gecontroleerde *non-heart-beating* donoren).⁵⁰³⁴

1056. De ‘karakteriseringshandelingen’ zijn bedoeld om de nodige informatie over de donor te verzamelen zodat de geschiktheid van de donor in termen van compatibiliteit met de ontvanger en van het risico op ziekteoverdracht kan worden beoordeeld.⁵⁰³⁵ Hiermee zal wederom transplantatiefalen zoveel mogelijk vermeden kunnen worden, wat bijdraagt tot het orgaanaanbod. Het gaat onder meer om afname van bloed (bv. voor HLA-typering en virologische tests) of het toepassen van beeldvormingstechnieken (bv. echografie).⁵⁰³⁶ Ook raadpleging van de anamnese van de donor is voor de karakterisering van belang, maar zoals aangegeven zal hierna de aandacht hoofdzakelijk gaan naar de voorbereidende handelingen die de fysieke integriteit van de donor raken.

1057. In de Orgaantransplantatiewet en zijn uitvoeringsbesluiten worden preservatie en karakterisering in zekere mate opgelegd.⁵⁰³⁷ In tegenstelling tot de Nederlandse, Amerikaanse, Engelse, Welshe en Franse transplantatiewetgeving bevat de transplantatiewetgeving in België echter geen specifieke regels omtrent de vraag *wanneer* en met *welke* voorbereidende

⁵⁰²⁷ B. VAN HAELEWIJCK, *Don d'organes. Don de tissus*, Brussel, Kluwer, 2002, 48-51; R.J. BONNIE, S. WRIGHT en K.K. DINEEN, “Legal Authority to Preserve Organs in Cases of Uncontrolled Cardiac Death: Preserving Family Choice”, *J. L. Med. & Ethics* 2008, (741) 743; D.W. MCKEOWN, R.S. BONSER en J.A. KELLUM, o.c., *BJA* 2012, (i96) i100, tabel 3.

⁵⁰²⁸ Bij *extracorporeal membrane oxygenation* (ECMO) zal echter de bloeddorstomming naar de hersenen, hart en longen worden geblokkeerd om twijfel over het intreden van de dood (cf. *supra* Hoofdstuk I, Afd. 3, § 1, B.1. en B.2. van dit Deel, over de neurologische en circulatoire-respiratoire criteria) te vermijden. Het gaat dus enkel om preservatie van de abdominale organen: D. WILKINSON en J. SAVULESCU, “Should we allow organ donation euthanasia? Alternatives for maximizing the number and quality of organs for transplantation”, *Bioethics* 2012, (32) 36 en 43; B. ABEL, “Physician Assisted Homicide in Organ Donations After Cardiac Death: the Failure of Biotechnologies to Comply with the Uniform Definition of Death Act and the Dead Donor Rule”, *Health & Biomedical L.* 2012, geraadpleegd via www.westlawinternational.com, (1) 2 en 10-12; J.L. BERNAT, “On Noncongruence between the Concept and Determination of Death”, *Hastings Center Report* 2013, (25) 31; W. GLANNON, “The Moral Insignificance of Death in Organ Donation”, *Camb. Q. Healthc. Ethics* 2013, (192) 194.

⁵⁰²⁹ F. VERSCHUREN *et al.*, o.c. in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (68) 86 en 90; E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 252; N. JOUSSET *et al.*, “Prélèvement d’organes sur donneurs décédés après arrêt cardiaque”, *La Presse Médicale* 2009, (740) 741.

⁵⁰³⁰ GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 241-242; N. JOUSSET *et al.*, o.c., *La Presse Médicale* 2009, (740) 741.

⁵⁰³¹ S.E. JOSSELYN, *Informed Consent as a Requirement for Post Mortem Organ Donation*, Saarbrücken, VDM Verlag Dr. Müller, 2008, 42; H. NYS en G. VAN BEEUMEN, “Juridische aspecten” in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (38) 46.

⁵⁰³² E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 159.

⁵⁰³³ D.W. MCKEOWN, R.S. BONSER en J.A. KELLUM, o.c., *BJA* 2012, (i96) i100, tabel 3.

⁵⁰³⁴ S.E. JOSSELYN, *Informed Consent as a Requirement for Post Mortem Organ Donation*, 2008, 37-39.

⁵⁰³⁵ Zie al *supra* Deel II, Hoofdstuk III, Afd. 2, § 2, A.

⁵⁰³⁶ P. LORMANS *et al.*, o.c. in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (96) 98-99; R.J. BONNIE, S. WRIGHT en K.K. DINEEN, o.c., *J. L. Med. & Ethics* 2008, (741) 743.

⁵⁰³⁷ Preservatie: art. 10/3, lid 2, 4° (werkprocedure) en art. 10/13 (controle) KB Transplantatiecentra; art. 13, 4° KB Donorcoördinatie (donorconditionering); art. 6, § 2, 2°, c) KB Samenwerkingsverband (richtlijnen voor orgaanconditionering bij overleden donoren). Karakterisering: art. 3ter Orgaantransplantatiewet; art. 10/3, lid 2, 3° (werkprocedure) en art. 10/4 e.v. KB Transplantatiecentra; art. 13, 6° en 7° KB Donorcoördinatie.

handelingen kan worden gestart. Nochtans is deze vraag van groot belang voor het waarborgen van het orgaanaanbod. Indien te lang wordt gewacht, kan de natuurlijke achteruitgang van de organen van de overleden donor immers al zodanig gevorderd zijn dat kwaliteitsvolle transplantatie niet meer mogelijk is. Gelet op het gebrek aan een specifiek wettelijk kader zal het antwoord moeten worden gezocht in de algemene regels en principes. Dit vereist een onderscheid naargelang de donor nog leeft, dan wel reeds overleden is op het moment dat de voorbereidende handelingen worden uitgevoerd. In de hiernavolgende uiteenzetting zal voor zowel de handelingen *ante mortem* (afd. 2), als de handelingen *post mortem* (afd. 3) gezocht worden naar een coherent denkkader. Dit zal uitmonden in een beleidsaanbeveling (afd. 4). Een exhaustieve bespreking van de geoorloofdheid van alle mogelijke voorbereidende handelingen afzonderlijk valt hierbuiten.

Afdeling 2. Voorbereidende handelingen *ante mortem*

1058. Met voorbereidende handelingen ‘*ante mortem*’ wordt hier bedoeld de handelingen gesteld voordat het overlijden overeenkomstig artikel 11 Orgaantransplantatiewet is vastgesteld. De juridische principes omtrent de aantasting van de fysieke integriteit van de levenden werden al uitgebreid uiteengezet bij de bespreking van de levende donoren.⁵⁰³⁸ Het principe is dat de fysieke aantasting, hoe licht ook, verboden is en zelfs tot strafbaarstelling kan leiden. Slechts onder bepaalde voorwaarden is de fysieke aantasting geoorloofd. Allereerst moet de aantasting een legitiem doel hebben (§ 1). Vervolgens moet de patiënt of zijn vertegenwoordiger toestemming hebben gegeven (§ 2). Ten slotte moet de aantasting objectief gezien ook evenredig zijn (§ 3). Hoe dan ook kan de vraag naar voorbereidende handelingen *ante mortem* voor orgaanwegname omwille van onafhankelijkheidsredenen pas ter sprake komen nadat de eventuele levenseindebeslissing werd genomen.⁵⁰³⁹

§ 1. LEGITIEM DOEL

1059. Traditioneel werd voor de fysieke aantasting van een levend persoon een preventief of curatief oogmerk ten voordele van deze persoon vereist. De voorbereidende handelingen *ante mortem* bij orgaanwegname hebben echter geen preventief of curatief belang voor de patiënt-kandidaat donor. Ze zijn slechts gericht op een therapeutische belang voor derden, namelijk transplantatie bij de orgaanontvangers. Sommigen achten voorbereidende handelingen *ante mortem* daarom enigszins problematisch.⁵⁰⁴⁰ Nochtans hebben de Orgaantransplantatiewet en zijn uitvoeringsbesluiten orgaantransplantatie impliciet als legitiem doel erkend.⁵⁰⁴¹ Bijgevolg zijn voorbereidende handelingen *ante mortem* met het oog op orgaantransplantatie m.i. niet principieel verboden.⁵⁰⁴²

⁵⁰³⁸ Zie *supra* Deel IV, Hoofdstuk II.

⁵⁰³⁹ Zie Hoofdstuk I, Afd. 3, § 2, B.2. van dit Deel. Zie ook: P. SCHOTSMANS *et al.*, “Ethiek en religie” in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (136) 136-137.

⁵⁰⁴⁰ W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties: oorzaken en oplossingen in juridisch perspectief*, Arnhem, Gouda Quint, 1992, 51-52; J.K.M. GEVERS, “Transplantatiegeneeskunde en recht” in V.G.H.J. KIRKELS (ed.), *Transplantatie en mensbeeld*, Baarn, Ambo, 1992, (23) 29; D. PRICE, “Promoting organ donation: challenges for the future” in A.-M. FARRELL, D. PRICE en M. QUIGLEY (eds.), *Organ shortage: ethics, law, and pragmatism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, (245) 254-255; A.J. CRONIN en J.F. DOUGLAS, “Non-standard kidneys for transplants: clinical margins, medical morality, and the law”, *Med. L. Rev.* 2013, vol. 21, (448) 467-468; S.J. MCNALLY, E.M. HARRISON en S.J. WIGMORE, *o.c.*, *J. Med. Ethics* 2005, (631) 932-633.

⁵⁰⁴¹ Vgl. *supra* Deel IV, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, B.

⁵⁰⁴² Zie ook: P. SCHOTSMANS *et al.*, *o.c.* in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (136) 136-137.

Logischerwijze zullen deze handelingen ongeoorloofd zijn indien het legitiem doel ontbreekt. Concreet wil dit zeggen dat ze niet gestart mogen worden of gestaakt moeten worden zodra duidelijk is dat de betrokken persoon niet geschikt is als donor.⁵⁰⁴³

1060. Met betrekking tot *preservatie*handelingen wekken de uitvoeringsbesluiten bij de Orgaantransplantatiewet echter twijfel. Zo bevat het KB Transplantatiecentra een aantal bepalingen over de preservatie, die er wordt gedefinieerd als het gebruik van middelen “*bedoeld om biologische en fysieke achteruitgang van organen van het tijdstip van wegneming tot de transplantatie te voorkomen of vertragen*” (eigen onderlijning).⁵⁰⁴⁴ Hieruit zou *a contrario* kunnen worden afgeleid dat preservatie vóór de wegneming, dus ook vóór het overlijden niet is geregeld en dus niet is toegelaten. Daarnaast bepaalt het KB Donorcoördinatie dat het lokale donorcoördinatieteam “*na de vaststelling van het overlijden van de potentiële donor*” de nodige acties voor donorconditionering moet ondernemen.⁵⁰⁴⁵ Hieruit zou wederom *a contrario* kunnen worden afgeleid dat preservatie via preconditionering vóór het overlijden niet geoorloofd is.

Deze interpretaties zouden evenwel de praktijk van orgaanwegneming bij *non-heart-beating* donoren aanzienlijk beperken. Dit wringt, omdat voorbereidende handelingen *ante mortem* nu net vooral bij dit type donor van belang zijn. Het overlijden gaat in deze gevallen immers gepaard met het stilvallen van de bloedcirculatie en respiratie,⁵⁰⁴⁶ zodat de organen snel aftakelen en er na overlijden nog maar weinig tijd voor voorbereidingen rest. De bovenstaande interpretaties zouden aldus nadelig zijn voor het donoraanbod, wat niet de bedoeling van de regelgever kan zijn geweest. De aangehaalde KB's lijken dan ook veeleer te moeten worden geïnterpreteerd vanuit hun oogmerk om erkenningsnormen te definiëren.⁵⁰⁴⁷ In die zin bedoelen ze slechts dat de transplantatiecentra/lokale donorcoördinatoren *minstens* na het overlijden moeten zorgen voor bepaalde preservatiehandelingen om erkend te worden en te blijven, zonder dat ze preservatie vóór het overlijden verbieden. Een wettelijke verduidelijking is wenselijk om alle twijfel uit te sluiten.

§ 2. TOESTEMMING

1061. Het vereiste van toestemming vloeit voort uit het zelfbepalingsrecht dat aan iedere persoon toekomt.⁵⁰⁴⁸ In het algemeen zijn er drie manieren van toestemming voor voorbereidende handelingen *ante mortem* denkbaar: de actuele toestemming (*infra* A), de voorafgaande toestemming (*infra* B) en de vermoede toestemming (*infra* C).

A. Actuele toestemming

1062. De Wet Patiëntenrechten definieert gezondheidszorg als “*diensten verstrekt door een beroepsbeoefenaar met het oog op het bevorderen, vaststellen, behouden, herstellen of verbeteren van de gezondheidstoestand van een patiënt, om het uiterlijk van een patiënt om*

⁵⁰⁴³ Vgl. D. PRICE, “End-Of-Life Treatment of Potential Organ Donors: Paradigm Shifts in Intensive and Emergency Care”, *Med. L. Rev.* 2011, (86) 97 en 102.

⁵⁰⁴⁴ Art. 1/1, 9° KB Transplantatiecentra.

⁵⁰⁴⁵ Art. 13, 4° KB Donorcoördinatie.

⁵⁰⁴⁶ In tegenstelling tot *heart-beating* donoren, bij wie de hersenfunctie is uitgevallen, maar de circulatoire en respiratoire functies enige tijd in stand worden gehouden. Zie *supra* Hoofdstuk I, Afd. 3, § 1, B.1. en B.2. van dit Deel.

⁵⁰⁴⁷ Art. 1, lid 2 KB Transplantatiecentra; art. 3, lid 2 KB Donorcoördinatie.

⁵⁰⁴⁸ Zie *supra* Deel IV, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, C.

voornamelijk esthetische redenen te veranderen of om de patiënt bij het sterven te begeleiden”.⁵⁰⁴⁹ Dit kan ruim worden opgevat. Zo zouden ook preservatiehandelingen *ante mortem*, die tenslotte bedoeld zijn om de gezondheidstoestand van de potentiële donor op peil te houden voor transplantatie, als gezondheidszorgdiensten kunnen worden gekwalificeerd. Hetzelfde kan gezegd worden van de karakteriseringshandelingen, die bedoeld zijn om de gezondheidstoestand van de potentiële donor vast te stellen. De levende persoon op wie dergelijke voorbereidende handelingen worden gesteld, is aldus te beschouwen als een patiënt waarop de Wet Patiëntenrechten van toepassing is.⁵⁰⁵⁰ Er moet dan een onderscheid worden gemaakt naargelang deze patiënt al dan niet wilsbekwaam is.⁵⁰⁵¹

Het zou kunnen dat de potentiële donor nog wilsbekwaam is op het moment dat de vraag naar de voorbereidende handelingen actueel wordt (bv. een *non-heart-beating* donor van categorie III of V). In dat geval heeft hij overeenkomstig artikel 8 Wet Patiëntenrechten het recht om zelf vrij en geïnformeerd⁵⁰⁵² zijn toestemming tot de voorbereidende handelingen te geven, dan wel deze te weigeren⁵⁰⁵³. Zelfs indien de Wet Patiëntenrechten niet van toepassing zou zijn, dan nog zou de patiënt vrij en geïnformeerd kunnen toestemmen krachtens zijn fundamentele zelfbepalingsrecht.

Doorgaans zal de potentiële donor echter wilsonbekwaam (m.n. bewusteloos) zijn op het moment dat voorbereidende handelingen moeten worden gesteld.⁵⁰⁵⁴ In dat geval biedt de Wet Patiëntenrechten een belangrijke meerwaarde aangaande de beslissingsbevoegdheid. De artikelen 12-15 Wet Patiëntenrechten voorzien hiervoor immers in een vertegenwoordigingsregeling. De wettelijke vertegenwoordigers (bv. partner, meerderjarige kinderen, ouders) zullen dan overeenkomstig deze regeling het recht hebben om vrij en geïnformeerd toestemming tot de voorbereidende handelingen *ante mortem* te geven, dan wel deze te weigeren.⁵⁰⁵⁵ De bedoeling van de wetgever is dat er in de eerste plaats volgens de wil van de patiënt wordt beslist en anders, indien de wil niet gekend is, volgens zijn beste belang. Dit is echter niet zo evident. Zo valt af te vragen hoe de vertegenwoordiger (zonder gekende wil van de patiënt) kan oordelen dat de voorbereidende handelingen in het belang van de patiënt zijn.⁵⁰⁵⁶ Deze laatste is immers wilsonbekwaam en zal sowieso sterven, zodat hij/zij zelf geen therapeutisch belang meer heeft bij de voorbereidende handelingen.⁵⁰⁵⁷ Bovendien zou de vertegenwoordiger evengoed volgens zijn eigen wensen kunnen beslissen (bv. verzet wegens de stress die het ‘uitrekken’ van het levenseinde hem/haar desgevallend oplevert⁵⁰⁵⁸). De wet legt immers geen algemene beslissingsstandaard op.⁵⁰⁵⁹ Behoudens een rechtsgeldige voorafgaande toestemming van de potentiële donor (cf. *infra* B) kan maar moeilijk worden

⁵⁰⁴⁹ Art. 2, 2° Wet Patiëntenrechten.

⁵⁰⁵⁰ Zie ook: H. NYS en G. VAN BEEUMEN, o.c. in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (38) 44. Zie voor de definitie van ‘patiënt’ en de omschrijving van het toepassingsgebied: art. 2, 1° en art. 3, lid 1 Wet Patiëntenrechten.

⁵⁰⁵¹ Vgl. W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 51-52 ; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, 188.

⁵⁰⁵² H. NYS en G. VAN BEEUMEN, o.c. in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (38) 44, die erop wijzen dat er dus moet worden gesproken over de voorgenomen orgaanwegname; Opinion 2.157 – Organ Donation After Cardiac Death, AMA Code of Medical Ethics, <http://www.ama-assn.org> (‘specific discussion of pre-mortem interventions’).

⁵⁰⁵³ In dat geval moeten de negatieve gevolgen voor orgaandonatie worden vermeld (cf. art. 8, § 2 Wet Patiëntenrechten).

⁵⁰⁵⁴ Vgl. D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 172 en 188.

⁵⁰⁵⁵ H. NYS en G. VAN BEEUMEN, o.c. in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (38) 44.

⁵⁰⁵⁶ Vgl. R.J. DEVETTERE, *Practical decision making in health care ethics*, Washington, Georgetown University Press, 2000, 137-318.

⁵⁰⁵⁷ Vgl. W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 51-52 ; D. PRICE, o.c., *Med. L. Rev.* 2011, (86) 107.

⁵⁰⁵⁸ “Taking Organ Transplantation to 2020: A detailed strategy”, 2013, www.nhs.uk/to2020, 18.

⁵⁰⁵⁹ Zie enkel voor het geval van levensbedreigende of ernstige gezondheidsaantastingen: art. 15, § 2 Wet Patiëntenrechten.

gecontroleerd wat juist de wil van deze patiënt is. Het recht om de voorbereidende handelingen te weigeren als vertegenwoordiger van de donor, geeft de vertegenwoordiger onrechtstreeks de mogelijkheid om zich ook tegen orgaanwegneming te verzetten.⁵⁰⁶⁰

B. Voorafgaande toestemming

1. Expliciet

1063. Op basis van zijn zelfbepalingsrecht kan de potentiële donor in een voorafgaande wilsverklaring zijn expliciete wil omtrent voorbereidende handelingen *ante mortem* te kennen geven voor het geval hij niet meer wilsbekwaam zou zijn.⁵⁰⁶¹ In dat geval kan er een tegenstrijdigheid ontstaan tussen de voorafgaande wil van de patiënt en de actuele beslissing van zijn wettelijke vertegenwoordiger (cf. *supra* A). Aangezien de wettelijke vertegenwoordiger in de eerste plaats de wil van de wilsonbekwame patiënt moet vertolken, zal hij in principe de voorafgaande wilsverklaring van deze laatste moeten respecteren. Dit wil zeggen dat de voorafgaande toestemming tot voorbereidende handelingen *ante mortem* van de patiënt voorrang heeft op het verzet van zijn wettelijke vertegenwoordiger. *Vice versa* zal de wettelijke vertegenwoordiger geen toestemming meer kunnen geven tot dergelijke handelingen indien de patiënt voorafgaand zich hiertegen uitdrukkelijk heeft verzet.⁵⁰⁶²

Weliswaar zal een expliciete voorafgaande toestemming in de praktijk maar zelden als basis voor de voorbereidende handelingen *ante mortem* dienen. De meeste mensen lijken immers niet geïnformeerd te zijn over dergelijke handelingen en zullen er dus meestal niets over bepalen.⁵⁰⁶³ Dit kan enigszins worden verholpen door er aandacht aan te besteden bij educatiecampagnes omtrent orgaandonatie en/of door specifiek het donorregistratieformulier te voorzien van informatie hierover, alsook van de mogelijkheid om zich er expliciet over uit te spreken. Maar zelfs indien er dergelijke voorafgaande toestemming voorhanden is, dan nog zullen artsen soms het verzet van de naasten tegen orgaanwegneming respecteren.⁵⁰⁶⁴ Logischerwijze vervalt dan ook de vraag naar handelingen ter voorbereiding van deze wegneming.

2. Impliciet

a. De wil tot orgaanwegneming

1064. Als de potentiële donor al een voorafgaande wilsverklaring inzake orgaandonatie heeft opgesteld, dan zal deze meestal beperkt zijn tot de wil omtrent de orgaanwegneming op zich. Zoals uitvoerig werd besproken, laten het zelfbepalingsrecht en artikel 10 Orgaantransplantatiewet de donor toe om bij leven zowel zijn toestemming tot als zijn verzet tegen orgaanwegneming na overlijden uit te drukken op geregistreerde of niet-geregistreerde wijze.⁵⁰⁶⁵ De vraag rijst of uit de voorafgaande toestemming tot orgaanwegneming impliciet

⁵⁰⁶⁰ Zie al *supra* Hoofdstuk II, Afd. 3, § 2, A.2.a.4) van dit Deel.

⁵⁰⁶¹ Vgl. A.B. SHAW, "Non-therapeutic (elective) ventilation of potential organ donors: the ethical basis for changing the law", *J. Med. Ethics* 1996, (72) 75; E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 179.

⁵⁰⁶² Zie weliswaar *supra* Hoofdstuk III, Afd. 2, § 1, A.2. van dit Deel over discrepanties tussen een expliciet verzet tegen zinloze behandeling en een uitdrukkelijke toestemming tot orgaanwegneming.

⁵⁰⁶³ Vgl. S.J. MCNALLY, E.M. HARRISON en S.J. WIGMORE, o.c., *J. Med. Ethics* 2005, (631) 632; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 189-190.

⁵⁰⁶⁴ Zie *supra* Hoofdstuk II, Afd. 3, § 2, A.2.b. van dit Deel.

⁵⁰⁶⁵ Zie *supra* Hoofdstuk III van dit Deel.

een toestemming tot voorbereidende handelingen *ante mortem* kan worden afgeleid. Deze interpretatiekwesitie heeft geleid tot verschillende benaderingen in de literatuur.

1065. Sommige auteurs menen dat dergelijke impliciete toestemming niet mogelijk is. Als verklaring klinkt het dat de declarant doorgaans geen kennis zal hebben over de voorbereidende handelingen *ante mortem*.⁵⁰⁶⁶ Het wordt daarom niet aannemelijk geacht dat de toestemming tot orgaanwegname *na overlijden* ook de toestemming tot voorbereidende handelingen *voor overlijden* zou omvatten.⁵⁰⁶⁷

1066. Andere auteurs stellen daarentegen dat dergelijke impliciete toestemming wél kan worden aangenomen.⁵⁰⁶⁸ Er wordt hierbij geargumenteed dat de voorbereidende handelingen dan zouden stroken met het zelfbepalingsrecht van de donor.⁵⁰⁶⁹ In Engeland wordt opgeworpen dat de voorbereidende handelingen *ante mortem* in het belang van de betrokkene zijn, indien deze donor wil zijn.⁵⁰⁷⁰

1067. Nog andere auteurs verkiezen m.i. terecht een genuanceerde positie. Ze sluiten dergelijke impliciete toestemming niet uit, maar maken ze afhankelijk van de aard van de voorbereidende handelingen in kwestie.⁵⁰⁷¹ Dit kan als volgt worden verklaard.

Enerzijds moet rekening worden gehouden met de draagwijdte van de expliciete toestemming tot orgaanwegname. Indien de declarant orgaanwegname met het oog op orgaantransplantatie expliciet toelaat, dan mogen de artsen op basis hiervan logischerwijze de handelingen stellen die noodzakelijk zijn om dit te verwezenlijken. Dit zal dan in principe stroken met het zelfbepalingsrecht van de declarant. Een impliciete toestemming voor voorbereidende handelingen *ante mortem* kan dus slechts worden afgeleid voor zover deze handelingen noodzakelijk zijn voor de orgaanwegname en -transplantatie.⁵⁰⁷² In Nederland is deze noodzakelijkheidsvoorwaarde uitdrukkelijk bij wet bepaald.⁵⁰⁷³

Anderzijds moet ook rekening worden gehouden met de rechtsgeldigheid van de expliciete toestemming tot orgaanwegname. Deze zal slechts geldig zijn voor zover ze een geïnformeerd karakter heeft. Dit vereist weliswaar enkel kennis van de relevante informatie, d.i. de informatie die een normaal, zorgvuldig persoon, geplaatst in dezelfde omstandigheden,

⁵⁰⁶⁶ E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 179; A. BAUMANN *et al.*, “Réanimation non thérapeutique en fin de vie pour préservation des organes en vue d’un don: problèmes éthiques et légaux”, *Presse Med.* 2012, (e530) e533.

⁵⁰⁶⁷ S.E. JOSSELYN, *Informed Consent as a Requirement for Post Mortem Organ Donation*, 2008, 68-73, die waarschuwt voor het verdwijnen van het vertrouwen in het transplantatiesysteem; W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 51-52. Zie ook: D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 190.

⁵⁰⁶⁸ E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 165, 183, 187, 264 en 274; GEZONDHEIDSRaad, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 298; P. BORRY *et al.*, “Donation after Uncontrolled Cardiac Death (uDCD): A Review of the Debate from European Perspective”, *J.L. Med. & Ethics* 2008, (752) 755; R.J. BONNIE, S. WRIGHT en K.K. DINEEN, *o.c.*, *J. L. Med. & Ethics* 2008, (741) 743; Opinion 2.157 – Organ Donation After Cardiac Death, AMA Code of Medical Ethics, <http://www.ama-assn.org>; H. NYS en G. VAN BEEUMEN, *o.c.* in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (38) 44.

⁵⁰⁶⁹ E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 160.

⁵⁰⁷⁰ D. PRICE, *o.c.*, *Med. L. Rev.* 2011, (86) 97 en 102-103; D. PRICE, *o.c.* in A.-M. FARRELL, D. PRICE en M. QUIGLEY (eds.), *Organ shortage*, 2011, (245) 254-255; J. COGGON en P. MURPHY, “Ante-mortem issues affecting deceased donation: an ethico-legal perspective” in A.-M. FARRELL, D. PRICE en M. QUIGLEY (eds.), *Organ shortage*, 2011, (136) 137, 143-148; A.R. MANARA, P.G. MURPHY en G. O’CALLAGHAN, *o.c.*, *BJA* 2012, (i108) i114.

⁵⁰⁷¹ J.K.M. GEVERS, *o.c.* in V.G.H.J. KIRKELS (ed.), *Transplantatie en mensbeeld*, 1992, (23) 28; S.J. McNALLY, E.M. HARRISON en S.J. WIGMORE, *o.c.*, *J. Med. Ethics* 2005, (631) 632; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 190. Zie ook: J.F. CHILDRESS, “Organ Donation after Circulatory Determination of Death: Lessons and Unresolved Controversies”, *J.L. Med. & Ethics* 2008, (766) 767.

⁵⁰⁷² D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 190. Zie ook *a contrario*: S.E. JOSSELYN, *Informed Consent as a Requirement for Post Mortem Organ Donation*, 2008, 68-73.

⁵⁰⁷³ Art. 22, lid 1 WOD.

nodig heeft om te beslissen. Het relevant karakter van de informatie kan onder meer beoordeeld worden aan de hand van de ernst van de gevolgen voor de gezondheidstoestand: hoe minder ernstig, hoe minder relevant.⁵⁰⁷⁴ Voorbereidende handelingen *ante mortem* die slechts weinig risico voor de betrokkene meebrengen, behoren dus veeleer tot de irrelevante informatie. De expliciete toestemming tot orgaanwegneming kan daarom impliciet de voorbereidende handelingen *ante mortem* omvatten⁵⁰⁷⁵ zonder dat de declarant afzonderlijk over deze voorbereidende handelingen moet zijn geïnformeerd. Bij gewone operaties op een levende patiënt moet deze toch ook niet voor iedere accessoire handeling afzonderlijk zijn geïnformeerde toestemming hebben gegeven?⁵⁰⁷⁶

1068. Samenvattend kan m.i. uit de voorafgaande toestemming tot orgaanwegneming een impliciete voorafgaande toestemming tot de **noodzakelijke en weinig ingrijpende** voorbereidende handelingen *ante mortem* worden afgeleid. Zoals bij de expliciete voorafgaande wilsverklaring inzake voorbereidende handelingen *ante mortem* zal dan de (impliciete) wil van de betrokkene voorgaan op die van zijn wettelijke vertegenwoordiger. Indien de betrokkene dus voorafgaand toestemming gaf tot orgaanwegneming, dan heeft zijn vertegenwoordiger in principe niet meer het recht om zich tegen het stellen van voorbereidende handelingen *ante mortem* te verzetten.⁵⁰⁷⁷ *Vice versa* zullen deze handelingen niet (meer) mogen plaatsvinden zodra het verzet van de betrokkene tegen orgaanwegneming na overlijden bekend geraakt, ongeacht de toestemming van de vertegenwoordiger.⁵⁰⁷⁸ Dit verzet behelst immers impliciet een verzet tegen voorbereidende handelingen *ante mortem*, aangezien deze bij gebrek aan het vooruitzicht van een orgaanwegneming logischerwijze zonder grondslag vallen.

b. Ante mortem consultatie van de wil

1069. Uiteraard zal een beroep op de impliciete voorafgaande toestemming tot voorbereidende handelingen *ante mortem* slechts zinvol zijn indien de voorafgaande toestemming tot orgaanwegneming al vóór het overlijden kan worden achterhaald. Hierbij kan een onderscheid worden gemaakt naargelang de voorafgaande toestemming op geregistreeerde wijze dan wel op niet-geregistreeerde wijze werd uitgedrukt.

Wat betreft geregistreeerde donatieverklaringen kan uit de Orgaantransplantatiewet de verplichting tot consultatie van het donorregister worden afgeleid.⁵⁰⁷⁹ Zoals gezegd, moet deze consultatie gebeuren door een transplantatiecentrum. Dit veronderstelt de aanmelding van de potentiële donor bij het transplantatiecentrum. *Supra* werd al verdedigd dat deze aanmelding *ante mortem* kan gebeuren.⁵⁰⁸⁰ De eigenlijke bepalingen inzake de consultatie van het register verbieden niet dat het register vóór het overlijden van de potentiële donor kan worden geraadpleegd. Voorts kan deze *ante mortem* consultatie tijdverlies⁵⁰⁸¹ en dus het verlies van een kans op wegneming van geschikte organen vermijden. Dit lijkt dus te stroken met de bedoeling

⁵⁰⁷⁴ Zie *supra* Deel IV, Hoofdstuk III, Afd. 5, § 5, A.2.

⁵⁰⁷⁵ Vgl. D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 190 ('minor').

⁵⁰⁷⁶ Vgl. E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 251.

⁵⁰⁷⁷ H. NYS en G. VAN BEEUMEN, o.c. in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (38) 45.

⁵⁰⁷⁸ J. COGGON en P. MURPHY, o.c. in A.-M. FARRELL, D. PRICE en M. QUIGLEY (eds.), *Organ shortage*, 2011, (136) 137, 143-148.

⁵⁰⁷⁹ Zie *supra* Hoofdstuk III, Afd. 1, § 3, A van dit Deel.

⁵⁰⁸⁰ Zie *supra* Hoofdstuk I, Afd. 3, § 2, B.2.b.1) van dit Deel.

⁵⁰⁸¹ Vgl. J.E.M. AKVELD, o.c., *TvGR* 1992, (62) 72-73; C. LEMMENS, *Voorafgaande wilsverklaringen met betrekking tot het levenseinde*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 120.

van de wetgever om een evenwicht te vinden tussen zelfbepalingsrecht van de donor en de gezondheidsbelangen van de ontvanger.⁵⁰⁸² Bijgevolg mag worden aangenomen dat consultatie van het register *ante mortem* geoorloofd is.⁵⁰⁸³ In Nederland en in de Verenigde Staten is dit uitdrukkelijk in de wet toegelaten.⁵⁰⁸⁴ Zoals al gezegd, mag de donatievraag echter pas aan bod komen nadat de eventuele levenseindebeslissing is afgerond. Dit is van belang voor de bescherming van de donor en het publieke vertrouwen in het transplantatiesysteem.⁵⁰⁸⁵

Wat betreft de niet-geregistreerde donatieverklaringen kan uit de Orgaantransplantatiewet de verplichting tot consultatie van de naasten van de donor worden afgeleid.⁵⁰⁸⁶ Ook hier verbieden de betreffende bepalingen niet dat deze consultatie al vóór het overlijden van de potentiële donor kan plaatsvinden. Bovendien kan ook deze *ante mortem* consultatie tijdverlies⁵⁰⁸⁷ en dus het verlies van een kans op wegneming van geschikte organen vermijden, zodat ze lijkt te stroken met de bedoeling van de wetgever. Bijgevolg mag worden aangenomen dat consultatie van de naasten *ante mortem* over de wil van de potentiële donor eveneens geoorloofd is.⁵⁰⁸⁸ Wederom is het voor de bescherming van de donor en het publieke vertrouwen van belang dat deze consultatie pas na de eventuele levenseindebeslissing plaatsvindt. Hierbij is het bovendien van groot belang dat de levenseindebeslissing berust op een correcte diagnose van medisch uitzichtloze toestand of dat de naasten althans vooraf worden geïnformeerd over het risico op een verkeerde diagnose. Dit wordt pijnlijk geïllustreerd door de casus van de Deense Carina Melchior, die ten gevolge van een auto-ongeval hersenschade opliep.⁵⁰⁸⁹ De artsen achtten haar toestand uitzichtloos, zodat werd besloten om de behandeling te stoppen en de hersendood te laten intreden. Omdat de artsen haar als orgaandonor wensten te gebruiken en daartoe al vóór de dood bepaalde medicijnen ter preservatie van de organen wilden toedienen, werd vóór de stopzetting van de behandeling toestemming tot orgaanwegneming bij de familie gevraagd en verkregen. De artsen bleken evenwel een diagnosefout te hebben gemaakt. Na de behandelingsstop herstelde de gezondheidstoestand van Melchior zich immers heel goed. Naar aanleiding van deze casus – en mede wegens de grote publiciteit ervan – lieten vele Denen hun verzet tegen orgaanwegneming na overlijden registreren.

1070. In geval van een onbekende of verdachte doodsoorzaak zal voor de orgaanwegneming na overlijden vereist zijn dat de procureur des Konings hiervan vooraf is ingelicht en zich er

⁵⁰⁸² Cf. *supra* Deel II, Hoofdstuk I, Afd. 1, § 1.

⁵⁰⁸³ Zie ook: H. NYS en G. VAN BEEUMEN, o.c. in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (38) 43 en 44. Vgl. ook: E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 166-167 en 169-170.

⁵⁰⁸⁴ Nederland: art. 20, lid 1 WOD. Verenigde Staten: sec. 14(a) en 20(c) UAGA 2006. Zie ook voor Engeland: Human Tissue Authority Code of practice 2: donation of solid organs for transplantation (2014), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, nr. 99 en 125; A.R. MANARA, P.G. MURPHY en G. O'CALLAGHAN, "Donation after circulatory death", *BJA* 2012, (i108) i115, tabel 5.

⁵⁰⁸⁵ Vgl. echter: W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 265, die stelt dat het raadplegen van het register vóór overlijden hoe dan ook een risico voor het publieke vertrouwen inhoudt.

⁵⁰⁸⁶ Zie *supra* Hoofdstuk III, Afd. 2, § 1, C van dit Deel.

⁵⁰⁸⁷ Vgl. J.E.M. AKVELD, "Het Voorstel van wet op de Orgaandonatie gewogen", *TvGR* 1992, (62) 72-73; C. LEMMENS, *Voorafgaande wilsverklaringen met betrekking tot het levenseinde*, 2013, 120; I. KENNEDY, *Treat me right: essays in medical law and ethics*, Oxford, Clarendon, 1991 (2^{de} ed.), 234.

⁵⁰⁸⁸ Vgl. ook: E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 166-167 en 169-170; Human Tissue Authority Code of practice 1: Consent (2009), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, nr. 46; A.R. MANARA, P.G. MURPHY en G. O'CALLAGHAN, o.c., *BJA* 2012, (i108) i115, tabel 5; art 20, lid 1 WOD, waar ook niet-geregistreerde wilsverklaringen worden gevisieerd (cf. art. 9, lid 4 WOD); D.Y.A. VAN MEERSBERGEN, "Wet op de orgaandonatie" in G.R.J. DE GROOT, T.A.M. VAN DEN ENDE, L.E. KALKMAN-BOGERD en J.J.M. LINDERS (eds.), *Gezondheidsrecht: tekst & commentaar*, Deventer, Kluwer, 2013, (1481) 1522.

⁵⁰⁸⁹ "Onrust in Denemarken nadat orgaandonor uit coma ontwaakt", *De Morgen* 17 oktober 2012, 14; "België werkt aan protocol over orgaandonatie", *De Morgen* 18 oktober 2012, 10; T. SHELTON, "Recovery of coma patient sparks confusion over when to ask about organ donation", *BMJ* 2012, 345.

niet tegen verzet (art. 13, § 2, lid 1 Orgaantransplantatiewet).⁵⁰⁹⁰ De wettekst verbiedt niet dat de procureur desgevallend al vóór het (nakende) overlijden wordt geconsulteerd. De bedoeling van de wetgever was het verzoenen van de baten van een spoedige orgaanwegname met de toepassing van de strafwet door het vergaren van bewijsmateriaal. Door al vóór het (nakende) overlijden toelating van de procureur te krijgen, kan tijdverlies na het intreden van dood vermeden worden.⁵⁰⁹¹ Dit laat een spoedige orgaanwegname toe en strookt dus met de bedoeling van de wetgever. Indien de procureur zou weigeren, dan verliezen de eventuele voorbereidende handelingen *ante mortem* hun doel en kunnen ze al gestaakt worden. Zo worden zinloze voorbereidende handelingen vermeden, wat tijd en middelen uitspaart en de fysieke aantasting van de patiënt minimaliseert. Bijgevolg kan worden aangenomen dat ook de procureur des Konings desgevallend *ante mortem* mag worden geconsulteerd.

C. Vermoede toestemming

1071. Het zou kunnen dat er (nog) geen expliciete en impliciete toestemming tot voorbereidende handelingen *ante mortem* beschikbaar is (bv. nog geen tijd gehad om het register en de naasten te consulteren; geen geregistreerde verklaring en geen naasten gevonden). De vraag rijst dan of het gebrek aan bewijs van toestemming (voorlopig) zou kunnen worden opgevangen via een wettelijk vermoeden van toestemming. Dergelijk vermoeden zou een inmenging in het zelfbepalingsrecht van de patiënt uitmaken (art. 8, § 1 EVRM).⁵⁰⁹² Opdat dit vermoeden gerechtvaardigd zou zijn, moet het bijgevolg (1) voorzien zijn bij wet, (2) een legitiem belang dienen en (3) evenredig zijn aan dit belang (art. 8, § 2 EVRM).⁵⁰⁹³

1072. In België is er geen wetsbepaling die voorziet in een *expliciet* vermoeden van toestemming tot voorbereidende handelingen *ante mortem*. Artikel 10, § 1, lid 1 Orgaantransplantatiewet voorziet daarentegen wel in een wettelijk vermoeden van toestemming tot orgaanwegname. De vraag rijst of dit vermoeden *impliciet* ook een vermoeden van toestemming tot voorbereidende handelingen *ante mortem* omvat. De wil van de wetgever hieromtrent is onbekend. Aangezien het vermoeden van toestemming tot orgaanwegname op zich eveneens een inmenging in het zelfbepalingsrecht van de potentiële donor uitmaakt (art. 8, § 1 EVRM), zal de draagwijdte van dit vermoeden m.i. zoveel mogelijk moeten worden geïnterpreteerd conform artikel 8, § 2 EVRM. Uit het vereiste van een wettelijke basis volgt dat dit toestemmingsvermoeden slechts strookt met artikel 8, § 2 EVRM voor zover het gaat om een toegankelijke regel waarvan de gevolgen voorzienbaar zijn. Er kan dan worden verdedigd dat het stellen van voorbereidende handelingen *ante mortem* het voorzienbaar gevolg is van een vermoede toestemming tot orgaanwegname voor zover hierover werd geïnformeerd.

In andere landen – met name de landen waar geen toestemmingsvermoeden inzake orgaanwegname geldt – is wel een expliciet wettelijke vermoeden van toestemming tot voorbereidende handelingen *ante mortem* te vinden. Zo laat de Nederlandse wet uitdrukkelijk toe dat de noodzakelijke voorbereidingen voor orgaanwegname al vóór het vaststellen van het (nakende) overlijden worden getroffen indien er geen voorafgaande wilsverklaring van de

⁵⁰⁹⁰ Zie uitvoerig *supra* Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, B.2. van dit Deel.

⁵⁰⁹¹ Vgl. W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 168 en 204.

⁵⁰⁹² Zie ook: X, “Wijziging Wet op de orgaandonatie”, *NJ* 2013, 1675.

⁵⁰⁹³ Vgl. reeds de mensenrechtelijke analyse van het toestemmingsvermoeden uit art. 10 Orgaantransplantatiewet *supra* Hoofdstuk IV, Afd. 2 van dit Deel.

donor bestaat en indien zijn familie zich nog niet heeft verzet.⁵⁰⁹⁴ Dit *presumed consent*-element werd ingevoerd om tegemoet te komen aan de praktijk van *non-heart-beating* donoren.⁵⁰⁹⁵ Ook de Amerikaanse modelwetgeving laat kort vóór de dood de noodzakelijke maatregelen voor het waarborgen van de medische geschiktheid van organen toe voor zover men geen kennis heeft van een wilsverklaring die zich hiertegen verzet.⁵⁰⁹⁶ Om meer rechtszekerheid te bieden zou de Orgaantransplantatiewet naar het voorbeeld van deze wetten in de toekomst uiteraard aangevuld kunnen worden met dergelijk expliciet toestemmingsvermoeden.

1073. Het legitiem belang van een impliciet of expliciet vermoeden van toestemming tot voorbereidende handelingen *ante mortem* kan gevonden worden in de behartiging van de volksgezondheid en de rechten van derden, namelijk de orgaanontvangers.⁵⁰⁹⁷ Dankzij deze voorbereidende handelingen stijgen immers de kansen op het verkrijgen van geschikte organen en dus op het uitvoeren van meer succesvolle orgaantransplantaties. Al verschillende malen werd in dit proefschrift verdedigd dat dit gezondheidsbelang zeer gewichtig is.⁵⁰⁹⁸

1074. Om te beoordelen of dergelijk toestemmingsvermoeden ook evenredig is aan het belang van de ontvangers, moet eerst de invloed ervan op het zelfbepalingsrecht van de donor worden nagegaan. Zoals eerder gesteld, kan dit gebeuren aan de hand van voornamelijk drie parameters: de waarachtigheid, de weerlegbaarheid en het toepassingsgebied van het toestemmingsvermoeden.⁵⁰⁹⁹

De waarachtigheid veronderstelt dat personen doorgaans bereid zijn om voorbereidende handelingen *ante mortem* te ondergaan. Over deze bereidheid zijn evenwel geen specifieke gegevens met betrekking tot België gekend. Wel staat het vast dat de meeste mensen in België bereid zijn tot orgaanwegname na overlijden.⁵¹⁰⁰ Hieruit zou impliciet kunnen worden afgeleid dat de meeste mensen ook bereid zullen zijn om de **noodzakelijke en weinig ingrijpende** voorbereidende handelingen *ante mortem* te ondergaan.⁵¹⁰¹ Door toestemming tot deze handelingen te vermoeden wordt de mogelijkheid tot orgaanwegname opgehouden en zal veelal de wens van de donor kunnen worden gerespecteerd.⁵¹⁰² Het vermoeden zal dan m.a.w. het zelfbepalingsrecht van de donor versterken.⁵¹⁰³

De weerlegbaarheid veronderstelt dat de betrokkene zich kan verzetten tegen de voorbereidende handelingen.⁵¹⁰⁴ Zodra het verzet gekend is, wordt het vermoeden weerlegd en moeten deze handelingen gestaakt worden.⁵¹⁰⁵ In België zou dit verzet enerzijds op impliciete wijze kunnen via het relatief goed toegankelijke systeem van verzet tegen orgaanwegname.⁵¹⁰⁶ Anderzijds zou dit verzet ook via een expliciete voorafgaande

⁵⁰⁹⁴ Art. 22, lid 2 WOD.

⁵⁰⁹⁵ M. BUIJSEN, “Een stapje dichterbij een geen-bezwaarsysteem?”, *Ars Aequi* 2014, (93) 96; M.A. KUIPER en N.E. JANSEN, “Wetswijziging legitimeert de huidige donatiepraktijk”, *Ned. T. Gen.* 2013, 1-3.

⁵⁰⁹⁶ Sec. 14(c) UAGA 2006; P. DE CRUZ, *Comparative healthcare law*, Londen, Cavendish, 2001, 581, die dit als een element van *presumed consent* bestempelt. Zie ook voor karakterisering *ante mortem*: 42 CFR § 482.45(a)(1); 42 CFR § 485.643(a).

⁵⁰⁹⁷ Vgl. M.K. CLARK, “Solving the kidney shortage crisis through the use of non-heart-beating cadaveric donors: legal endorsement of perfusion as a standard procedure”, *Ind. L.J.* 1995, (929) 938, 942, 945-946 en 947.

⁵⁰⁹⁸ Zie met name *supra* Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, C.3. en Hoofdstuk IV, Afd. 2, § 3, van dit Deel.

⁵⁰⁹⁹ Cf. *supra* Hoofdstuk IV, Afd. 2, § 2, A, B en C van dit Deel.

⁵¹⁰⁰ Zie met name *supra* Hoofdstuk IV, Afd. 2, § 2, A van dit Deel.

⁵¹⁰¹ Vgl. *supra* B.2. van deze paragraaf.

⁵¹⁰² Vgl. M.K. CLARK, o.c., *Ind. L.J.* 1995, (929) 938, 942, 945-946 en 947; D. PRICE, o.c., *Med. L. Rev.* 2011, (86) 112-115.

⁵¹⁰³ Vgl. GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 297; P. BORRY *et al.*, o.c., *J.L. Med. & Ethics* 2008, (752) 755; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 164-166.

⁵¹⁰⁴ Vgl. *Nederland*: art. 22, lid 2, begin en einde WOD. *Verenigde Staten*: sec. 14(c) *in fine* UAGA 2006.

⁵¹⁰⁵ Vgl. M.K. CLARK, o.c., *Ind. L.J.* 1995, (929) 948.

⁵¹⁰⁶ Zie hierover *supra* Hoofdstuk III van dit Deel.

wilsverklaring kunnen worden uitgedrukt. In België zou dit enkel op niet-geregistreerde wijze kunnen. Hierboven werd al wel voorgesteld om het registratieformulier hiertoe aan te passen. Hoe dan ook is het dan wel wenselijk dat de consultatie van het register en van de naasten omtrent respectievelijk geregistreerde en niet-geregistreerde wilsverklaringen zo snel mogelijk moet plaatsvinden.⁵¹⁰⁷ Niettemin zal het ten behoeve van orgaanwegname soms nodig zijn bepaalde voorbereidende handelingen *ante mortem* te starten alvorens deze consultatie kan plaatsvinden. Het risico op enige miskennis van het verzet van de patiënt kan dus niet geheel worden uitgesloten.

Voorts is het toepassingsgebied van de vermoede toestemming tot orgaanwegname in België beperkt, zodat de impliciet vermoede toestemming tot voorbereidende handelingen logischerwijze aan dezelfde beperking is gebonden. Concreet zal dit toestemmingsvermoeden overeenkomstig artikel 10, § 1, lid 1 Orgaantransplantatiewet slechts van toepassing zijn op zij die in het bevolkingsregister of meer dan zes maanden in het vreemdelingenregister zijn ingeschreven. Hieruit werd *supra* afgeleid dat het toestemmingsvermoeden niet geldt voor ongeïdentificeerde individuen.⁵¹⁰⁸ Voor zover de patiënt (nog) niet geïdentificeerd kon worden, zullen er dus strikt genomen nog geen voorbereidende handelingen mogen worden gesteld.. Ook wanneer de patiënt geïdentificeerd wordt maar de orgaanwegname niet onder het toepassingsgebied van de vermoede toestemming tot orgaanwegname valt, mogen geen voorbereidende handelingen worden gesteld zonder uitdrukkelijke toestemming.

Samengevat kan worden gesteld dat de inmenging in het zelfbepalingsrecht van de potentiële donor veeleer beperkt zal zijn voor zover het toestemmingsvermoeden beperkt is tot de **noodzakelijke en weinig ingrijpende** voorbereidende handelingen *ante mortem* en nog geen verzet hiertegen werd gevonden. Deze inmenging kan m.i. dan evenredig zijn met het gewichtige belang van de ontvangers. Bijgevolg kan worden verdedigd dat het vermoeden van toestemming tot orgaanwegname impliciet een vermoeden van toestemming tot voorbereidende handelingen *ante mortem* omvat voor zover deze handelingen noodzakelijk en weinig ingrijpend zijn en er nog geen verzet tegen orgaanwegname of deze handelingen gekend is.⁵¹⁰⁹ Ook een expliciet wettelijk vermoeden van toestemming tot bepaalde voorbereidende handelingen *ante mortem* zou gerechtvaardigd kunnen zijn.

§ 3. EVENREDIGHEID

1075. Toestemming is op zich onvoldoende opdat de fysieke aantasting van een levende persoon geoorloofd is. Er wordt meer bepaald vereist dat deze aantasting ook objectief gezien evenredig is aan de voordelen.⁵¹¹⁰ Voor elke voorbereidende handeling *ante mortem* moet dus een kosten baten-analyse worden gemaakt. Hierbij kunnen verschillende parameters van belang zijn. Dit wordt hierna geïllustreerd. Ten behoeve van de overzichtelijkheid zal hierbij het

⁵¹⁰⁷ E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 218 ; F. VERSCHUREN *et al.*, o.c. in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (68) 90-91 . Zie al over de *ante mortem* consultatie van de wil *supra* B.2.b. van deze paragraaf.

⁵¹⁰⁸ Zie *supra* Hoofdstuk IV, Afd. 2, § 2, C.2. van dit Deel.

⁵¹⁰⁹ Zie in dergelijke zin ook: C. TROUET, *Van lichaam naar lichaamsmateriaal. Nader gebruik van cellen en weefsels*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 318; F. VERSCHUREN *et al.*, o.c. in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (68) 75 en 88; S. TACK, "Leven doorgeven. Een beschrijvend onderzoek naar de prelevatieprocedure bij 'non-heart-beating' donoren met specifieke aandacht voor nierdonatie", *Orpadt forum* 2006, jaargang 7, nr. 1, (20) 24 en 32; J.E.M. AKVELD, *Transplantatie en wetgeving: werkelijkheid en ideaal*, Lelystad, Vermande, 1987, 132-133 en 135; W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 156; GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 296; BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, *Organ donation in the 21st century*, London, BMA, 2000, 14; M.A. BOS, "Ethical and Legal Issues in Non-Heart-Beating Organ Donation", *Transplantation* 2005, (1143) 1145.

⁵¹¹⁰ Vgl. ook: A.B. SHAW, o.c., *J. Med. Ethics* 1996, (72) 75.

onderscheid worden gemaakt tussen de parameters betreffende de potentiële donor zelf (m.a.w. de interne kosten-batenanalyse: *infra* A) en de parameters betreffende anderen dan de potentiële donor (m.a.w. de externe kosten-batenanalyse: *infra* B).⁵¹¹¹

A. Interne kosten-batenanalyse

1076. Op lichamelijk vlak zullen de voorbereidende handelingen *ante mortem* in principe geen baat voor de potentiële donor inhouden. Zoals al gezegd, zijn deze handelingen gericht op het therapeutisch belang van de orgaanontvanger(s).

Daarentegen kunnen voorbereidende handelingen *ante mortem* wel lichamelijke nadelen meebrengen. Hoe groter deze nadelen, hoe moeilijker de voorbereidende handeling in kwestie kan worden gerechtvaardigd. Handelingen die slechts tot een minieme fysieke aantasting leiden (bv. incisie voor het inbrengen van een katheter), vormen hierbij normaal geen probleem.⁵¹¹² Handelingen die daarentegen leiden tot ernstige fysieke letstels, worden veeleer onaanvaardbaar geacht.⁵¹¹³

Voor sommige handelingen kan dit leiden tot discussie. Te denken valt bv. aan de praktijk van *elective ventilation*, die eind jaren '80 te Exeter (Engeland) werd geïntroduceerd maar werd verlaten wegens juridische en ethische problemen. Bij electieve ventilatie (EV) wordt een patiënt die in een medisch uitzichtloze toestand verkeert maar nog niet hersendood is, louter met het oog op orgaanwegneming in leven gehouden door de ventilatie te verlengen.⁵¹¹⁴ De aanvaardbaarheid hiervan werd door velen betwist wegens het risico dat de patiënt in een permanent vegetatieve toestand zou kunnen verzeild geraken⁵¹¹⁵ en het stervensproces zinloos wordt verlengd⁵¹¹⁶. Nochtans is het PVS-risico beperkt en kan men ook een PVS-patiënt laten overlijden.⁵¹¹⁷ Bovendien is het louter feit dat het stervensproces wordt verlengd op zich geen bezwaar; de toelaatbaarheid hiervan hangt veeleer af van het doel.⁵¹¹⁸

Daarnaast wordt bv. ook getwijfeld aan het toedienen van bepaalde medicijnen die de organen helpen preservareren, maar het overlijden van de potentiële donor kunnen verhaasten (bv. anticoagulantia zoals Heparine⁵¹¹⁹). Sommigen achten dit gerechtvaardigd op basis van de

⁵¹¹¹ Vgl. *supra* Deel IV, Hoofdstuk IV, Afd. 1, § 1.

⁵¹¹² GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 298; J. COGGON en P. MURPHY, o.c. in A.-M. FARRELL, D. PRICE en M. QUIGLEY (eds.), *Organ shortage*, 2011, (136) 137, 143-148.

⁵¹¹³ D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 188; A.R. MANARA, P.G. MURPHY en G. O'CALLAGHAN, o.c., *BJA* 2012, (i108) i115, tabel 5; C. RUDGE, o.c. in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J.V. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation: Ethical, Legal and Psychosocial Aspects. Expanding the European Platform*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2011, (190) 192-194 en 196; S. TACK, o.c., *Orpadt forum* 2006, jaargang 7, nr. 1, (20) 32.

⁵¹¹⁴ Er wordt daarom ook gesproken van '*ventilation for purpose of organ donation*'. Zie o.a.: E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 171-173; S.E. JOSSELYN, *Informed Consent as a Requirement for Post Mortem Organ Donation*, 2008, 43; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 177-178; J. COGGON, "Elective ventilation for organ donation: law, policy and public ethics", *J. Med. Ethics* 2012, (1) 1.

⁵¹¹⁵ BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, *Organ donation in the 21st century*, London, BMA, 2000, 19-20; S.E. JOSSELYN, *Informed Consent as a Requirement for Post Mortem Organ Donation*, 2008, 39 en 43; D.P.T. PRICE, "Organ Donation as End-of-Life Care: Ante-Mortem Treatment of the Potential Organ Donor" in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J.V. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2011, (245) 246, 248 en 250; BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, *Building on Progress*, 2012, www.bma.org.uk/ethics, 40-41; J. COGGON, o.c., *J. Med. Ethics* 2012, (1) 1; A. BAUMANN *et al.*, o.c., *Presse Med.* 2012, (e530) e532-e533.

⁵¹¹⁶ J.K. MASON, "Contemporary Issues in Organ Transplantation" in S.A.M. MCLEAN (ed.), *Contemporary Issues in Law, Medicine and Ethics*, Aldershot, Dartmouth, 1996, (117) 120-121; S.E. JOSSELYN, *Informed Consent as a Requirement for Post Mortem Organ Donation*, 2008, 43; L. CHERKASSKY, "Presumed Consent in Organ Donation: Is the Duty Finally upon Us?", *EJHL* 2010, (149) 155.

⁵¹¹⁷ A.B. SHAW, o.c., *J. Med. Ethics* 1996, (72) 73-74 en 75-76; S.A.M. MCLEAN, "Transplantation and the 'Nearly Dead': The Case of Elective Ventilation" in S.A.M. MCLEAN (ed.), *Contemporary Issues in Law, Medicine and Ethics*, Aldershot, Dartmouth, 1996, (143) 156 en 159.

⁵¹¹⁸ D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 206-207.

⁵¹¹⁹ F. VERSCHUREN *et al.*, o.c. in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (68) 79.

doctrine van het dubbel effect.⁵¹²⁰ Volgens deze ethische theorie is een handeling gerechtvaardigd indien haar goede effecten bedoeld zijn, terwijl haar gelijktijdige onvermijdelijke negatieve effecten onbedoeld zijn en gelijk aan of kleiner dan de goede effecten zijn.⁵¹²¹ Anderen menen daarentegen dat de doctrine van het dubbel effect niet van toepassing is indien de negatieve effecten zich manifesteren bij een ander persoon (*in casu* de donor) dan degene de positieve effecten geniet (*in casu* de ontvanger).⁵¹²² Wellicht zal telkens geval per geval het risico op levensverkorting moeten worden beoordeeld.⁵¹²³ Hoe dan ook moet het onderscheid gemaakt worden met toediening van medicijnen om de pijn te verzachten. Hier heeft de patiënt sowieso recht op.⁵¹²⁴

1077. Naast de lichamelijke parameters moet ook rekening gehouden worden met psychosociale parameters. Zo wordt vaak aangenomen dat voorbereidende handelingen *ante mortem* in het belang van de donor zijn indien hij de wens had om na overlijden orgaandonor te zijn.⁵¹²⁵ Weliswaar kan dit niet als een psychosociale baat worden gekwalificeerd t.a.v. bewusteloze patiënten die niets van de donatieprocedure kunnen ervaren.⁵¹²⁶

Vorbereidende handelingen *ante mortem* kunnen ook psychosociale nadelen meebrengen. Zo pleit bv. het veroorzaken van pijn tegen de voorbereidende handeling in kwestie.⁵¹²⁷ Pijnbestrijding zal bijgevolg van belang zijn voor de aanvaardbaarheid van dergelijk handeling.⁵¹²⁸ Weliswaar geldt zoals voor de psychosociale baten dat dit niet als een psychosociale kost kan worden gekwalificeerd t.a.v. bewusteloze patiënten die niets van de donatieprocedure kunnen ervaren.⁵¹²⁹

B. Externe kosten-batenanalyse

1078. Aangezien de voorbereidende handelingen *ante mortem* gericht zijn op het gezondheidsbelang van de *ontvangers*, moet bij de beoordeling van hun evenredigheid

⁵¹²⁰ E.P. FOLEY, *The Law of Life and Death*, Cambridge, Harvard University Press, 2011, 104-105. Zie ook *pro*: J. JORIS *et al.*, "End of Life Care in the Operating Room for Non-Heart-Beating Donors: Organization at the University Hospital of Liège", *Transpl. Proc.* 2011, (3441) 3442.

⁵¹²¹ P. SCHOTSMANS, *Handboek medisch ethiek*, Leuven, LannooCampus, 2008, 66-67.

⁵¹²² J.A. ROBERTSON, "The Dead Donor Rule", *Hastings Center Report* 1999, (6) 11; S.E. JOSSELYN, *Informed Consent as a Requirement for Post Mortem Organ Donation*, 2008, 38-39; D. PRICE, *o.c.*, *Med. L. Rev.* 2011, (86) 109-111. Zie ook *contra* voorbereidende handelingen met levensverkortend effect: D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 175-176, 188 en 206; J.F. CHILDRESS, *o.c.*, *J.L. Med. & Ethics* 2008, (766) 767; C. RUDGE, *o.c.* in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J.V. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2011, (190) 192-194 en 196; Opinion 2.157 – Organ Donation After Cardiac Death, AMA Code of Medical Ethics, <http://www.ama-assn.org>.

⁵¹²³ Vgl. D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 211; J.A. ROBERTSON, *o.c.*, *Hastings Center Report* 1999, (6) 11; GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 294; A.R. MANARA, P.G. MURPHY en G. O'CALLAGHAN, *o.c.*, *BJA* 2012, (i108) i115, tabel 5.

⁵¹²⁴ Zie ook GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 288-289; J.L. BERNAT, "The Boundaries of Organ Donation after Circulatory Death", *NEJM* 2008, (669) 670; P. SCHOTSMANS *et al.*, *o.c.* in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (136) 139.

⁵¹²⁵ ORGAN DONATION TASKFORCE, "Organs for Transplants. A report from the Organ Donation Taskforce", 2008, www.dh.gov.uk/publications, nr. 4.12; D.P.T. PRICE, *o.c.* in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J.V. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2011, (245) 246, 247-248; J. COGGON en P. MURPHY, *o.c.* in A.-M. FARRELL, D. PRICE en M. QUIGLEY (eds.), *Organ shortage*, 2011, (136) 137, 143-148; C. RUDGE, *o.c.* in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J.V. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2011, (190) 192-194 en 196; J. COGGON, *o.c.*, *J. Med. Ethics* 2012, (1) 3; A.R. MANARA, P.G. MURPHY en G. O'CALLAGHAN, *o.c.*, *BJA* 2012, (i108) i114. Zie ook: A.B. SHAW, *o.c.*, *J. Med. Ethics* 1996, (72) 75.

⁵¹²⁶ Vgl. D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 193-194.

⁵¹²⁷ C. RUDGE, *o.c.* in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J.V. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2011, (190) 192-194 en 196; D. WILKINSON en J. SAVULESCU, *o.c.*, *Bioethics* 2012, (32) 36.

⁵¹²⁸ Memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, 22.358, nr. 3, 23.

⁵¹²⁹ D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 192, 195, 196 en 197; D.Y.A. VAN MEERSBERGEN, *o.c.* in G.R.J. DE GROOT, T.A.M. VAN DEN ENDE, L.E. KALKMAN-BOGERD en J.J.M. LINDERS (eds.), *Gezondheidsrecht*, 2013, (1481) 1523.

logischerwijze ook rekening worden gehouden met de omvang van de baten en kosten voor deze ontvangers.⁵¹³⁰ Op basis van de gelijkwaardigheid van personen mogen de belangen van de ontvangers evenwel niet superieur aan het belang van de donor geacht worden.⁵¹³¹ Een netto-voordeel voor de ontvangers volstaat dus niet om een netto-nadeel voor de donor te rechtvaardigen.

Een voorbeeld van een parameter die het belang van de ontvanger betreft is, de mate van beperking van de ischemie. Hoe korter de ischemie van het orgaan, hoe beter de resultaten voor de ontvanger. Dit pleit voor het verplaatsen van de patiënt van de afdeling intensieve zorgen naar het operatiekwartier met het oog op behandelingsstop en orgaanwegneming. Hierdoor wordt de ischemietijd immers verkort.⁵¹³²

1079. Voorts zijn er ook de belangen van de *naasten*. De naasten zullen vaak in de positie verkeren om de orgaanwegneming te verhinderen.⁵¹³³ Dit zou de voorbereidende handelingen hun doel ontnemen en hen onevenredig maken. Miskenning van de belangen van de naasten zou ook het publiek vertrouwen in de praktijk van orgaantransplantatie na overlijden kunnen aantasten. Dit zou op zijn beurt de donatiebereidheid en dus de belangen van de ontvangers kunnen aantasten. Ook dit kan de evenredigheid beïnvloeden. Hieruit volgt dat bij de evenredigheidsbeoordeling tot zekere hoogte ook met de wensen van naasten rekening moet worden gehouden.

Concreet wordt vaak gesteld dat voorbereidende handelingen *ante mortem* niet aanvaardbaar zijn indien ze de naasten te veel stress bezorgen.⁵¹³⁴ Wanneer bv. het de patiënt vóór het overlijden al wordt verplaatst naar het operatiekwartier of een nabij gelegen ruimte met het oog op een spoedige orgaanwegneming, dan moet in acht worden genomen dat dit het afscheids- en rouwproces van de naasten kan verstoren (weinig tijd, vreemde ruimte).⁵¹³⁵

1080. Ten slotte zijn er nog de algemene belangen van de *samenleving*. Weliswaar zal het individueel belang veelal sterker worden geacht dan algemene belangen, zodat met argumenten van algemeen belang zeer omzichtig moet worden omgesprongen.⁵¹³⁶

Zo werd bv. al opgeworpen dat voorbereidende handelingen *ante mortem* niet aanvaardbaar zijn indien ze strijdig zijn met de waardigheid van het individu.⁵¹³⁷ De schending

⁵¹³⁰ Zie bv. D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 188 ; A.B. SHAW, o.c., *J. Med. Ethics* 1996, (72) 73-74 en 75-76.

⁵¹³¹ Vgl. *supra* Deel IV, Hoofdstuk IV, Afd. 1, § 3, A.1. Zie ook: Advies van de Nationale Raad van de Orde van Geneesheren van 15 juli 2006 betreffende “non-heart-beating” donoren, www.ordomedic.be; E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 183.

⁵¹³² Zie bv. J. JORIS *et al.*, o.c., *Transpl. Proc.* 2011, (3441) 3441-3442 en 3444; A.R. MANARA, P.G. MURPHY en G. O’CALLAGHAN, o.c., *BJA* 2012, (i108) i113 en i115, tabel 5; F. VERSCHUREN *et al.*, o.c. in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (68) 78-79.

⁵¹³³ Zie onder meer *supra* Hoofdstuk II, Afd. 3, § 2, A.2.b. van dit Deel.

⁵¹³⁴ C. RUDGE, o.c. in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J.V. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2011, (190) 192-194 en 196; D.P.T. PRICE, o.c. in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J.V. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2011, (245) 246, 248 en 250. In dezelfde zin: L. CHERKASSKY, o.c., *EJHL* 2010, (149) 155 ; A. BAUMANN *et al.*, o.c., *Presse Med.* 2012, (e530) e533 ; E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 175-176 en 180 , die wijst op emotionele schade van de familie ten gevolge van het ontstaan van PVS na electieve ventilatie. Zie *vice versa*: A.B. SHAW, o.c., *J. Med. Ethics* 1996, (72) 73-74 en 75-76.

⁵¹³⁵ GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 289-290; S.E. JOSSELYN, *Informed Consent as a Requirement for Post Mortem Organ Donation*, 2008, 38; J. COGGON en P. MURPHY, o.c. in A.-M. FARRELL, D. PRICE en M. QUIGLEY (eds.), *Organ shortage*, 2011, (136) 141 en 142; S. TACK, o.c., *Orpadt forum* 2006, jaargang 7, nr. 1, (20) 26 en 30; A.R. MANARA, P.G. MURPHY en G. O’CALLAGHAN, o.c., *BJA* 2012, (i108) i113.

⁵¹³⁶ Vgl. *supra* Deel IV, Hoofdstuk IV, Afd. 1, § 3, B.1.

⁵¹³⁷ D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 186-187 en 197-201. Zie *vice versa*: A.B. SHAW, o.c., *J. Med. Ethics* 1996, (72) 73-74 en 75-76.

van waardigheid lijkt zo te worden geponeerd als nadeel voor de hele samenleving. Weliswaar is ‘waardigheid’ maar een flou begrip en op zich dus niet erg bruikbaar.⁵¹³⁸

Voorts wordt bv. specifiek voor (electieve) ventilatie vaak overwogen dat dit geen goede toedeling van schaarse middelen, i.h.b. van intensieve zorgen-bedden, zou zijn.⁵¹³⁹ Indien een ziekenhuis weliswaar geconfronteerd zou worden met dringend hulpbehoevende patiënt én een beddentekort, dan zal de ventilatie van de potentiële donor wellicht al op basis van de hulpverleningsplicht (art. 422*bis* Sw.) moeten worden gestaakt.⁵¹⁴⁰

Afdeling 3. Voorbereidende handelingen *post mortem*

1081. Ook na het overlijden van de potentiële donor is het stellen of voortzetten⁵¹⁴¹ van voorbereidende handelingen wenselijk. Door het overlijden verandert weliswaar het juridisch statuut van de potentiële donor. Hij is niet langer een patiënt in de zin van de Wet Patiëntenrechten, maar een lijk.⁵¹⁴² Hierdoor veranderen ook de regels omtrent de aantasting van de fysieke integriteit. Aangezien deze aantasting na overlijden niet langer een gevaar voor de gezondheid vormt, wordt de fysieke integriteit van het lijk in het algemeen minder streng beschermd dan die van de levenden. De juridische principes voor fysieke aantasting van lijken werden reeds uitgebreid besproken in hoofdstuk II van dit deel. Op basis hiervan kan worden gesteld dat de geoorlooftheid van voorbereidende handelingen *post mortem* in essentie berust op twee componenten: toestemming (§ 1), alsook respect voor het lijk en bezorgdheid voor de gevoelens van de naasten (§ 2).

§ 1. TOESTEMMING

1082. De potentiële donor bezit tijdens zijn leven een recht op zelfbepaling omtrent de bestemming van zijn lijk. Zijn wil bepaalt m.a.w. wat er met het lijk mag gebeuren. Concreet zal voor de voorbereidende handelingen *post mortem* in principe dus de toestemming van de potentiële donor vereist zijn.⁵¹⁴³ Zoals bij de bespreking van de voorbereidende handelingen *ante mortem* kan hier een onderscheid worden gemaakt tussen drie manieren van toestemming: de actuele toestemming (*infra* A), de voorafgaande toestemming (*infra* B) en de vermoede toestemming (*infra* C).

A. Actuele toestemming

1083. Op het moment dat voorbereidende handelingen *post mortem* worden gesteld, zal de potentiële donor wegens zijn overlijden feitelijk niet meer in staat zijn om toestemming tot deze

⁵¹³⁸ Zie ook: D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 200, die dit zelf al enigszins toegeeft.

⁵¹³⁹ J.K. MASON, o.c. in S.A.M. MCLEAN (ed.), *Contemporary Issues in Law, Medicine and Ethics*, 1996, (117) 121; E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 181-182; J. COGGON en P. MURPHY, o.c. in A.-M. FARRELL, D. PRICE en M. QUIGLEY (eds.), *Organ shortage*, 2011, (136) 140; BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, *Building on Progress*, 2012, www.bma.org.uk/ethics, 40-41.

⁵¹⁴⁰ Vgl. A.B. SHAW, o.c., *J. Med. Ethics* 1996, (72) 73-74 en 75-76.

⁵¹⁴¹ Dit is voornamelijk het geval bij gecontroleerde *non-heart-beating* donor van categorie III. Zie ook: S.E. JOSSELYN, *Informed Consent as a Requirement for Post Mortem Organ Donation*, 2008, 41 en 44.

⁵¹⁴² Cf. *supra* Hoofdstuk I, Afd. 1 van dit Deel.

⁵¹⁴³ In die zin stelt artikel 98 Code van Geneeskundige Plichtenleer met betrekking tot *heart-beating* donoren dat de kunstmatige instandhouding van de cardiorespiratoire functies na overlijden met het oog op het wegnemen en transplanteren van organen geoorloofd is voor zover de wilsbeschikking van de patiënt wordt gerespecteerd. Zie ook: C. LEMMENS, “De vaststelling en de publiciteit van het overlijden” in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (1513) 1534, voetnoot 1279, die eveneens naar deze bepaling verwijst.

handelingen te geven. Op een actuele toestemming van de donor zelf kan men hier dus niet meer rekenen.

Zoals gezegd, zal de overleden donor bovendien geen patiënt in de zin van de Wet Patiëntenrechten meer zijn, zodat de vertegenwoordigingsregeling van artikelen 12-15 Wet Patiëntenrechten niet meer van toepassing kan zijn. De naasten van de overleden donor bezitten in de plaats echter wel een persoonlijkheidsrecht waarmee ze overeenkomstig de gekende wensen of waarden van de overledene over de bestemming van zijn lijk kunnen beslissen.⁵¹⁴⁴ Weliswaar kan er behoudens een rechtsgeldige voorafgaande toestemming van de potentiële donor (cf. *infra* B) maar moeilijk worden gecontroleerd wat juist de wil van deze patiënt is; de naasten zouden evengoed hun eigen wensen kunnen uiten.⁵¹⁴⁵ Hoe dan ook zou via deze weg dus nog wel een actuele toestemming tot voorbereidende handelingen *post mortem* verkregen kunnen worden.⁵¹⁴⁶

B. Voorafgaande toestemming

1084. Op basis van zijn zelfbepalingsrecht kan de donor tijdens zijn leven een voorafgaande wilsverklaring opstellen waarin hij zij wil omtrent de voorbereidende handelingen *post mortem* expliciet te kennen geeft. Het kan gaan om een wilsverklaring die enige tijd geleden los van een concreet verzoek om orgaandonatie tot stand kwam, dan wel om een wilsverklaring die vlak voor het overlijden door de nog wilsbekwame kandidaat-donor werd afgelegd (bv. bij *non-heart-beating* donoren van categorie V). Zoals gezegd, is het recht van de naasten om over de lijkbestemming te beslissen, gebonden aan de wil van de overledene (cf. *supra* A). Zij kunnen in principe dus niet ingaan tegen deze voorafgaande wilsverklaring, tenzij ze bv. de rechtsgeldigheid ervan weerleggen of een recentere andersluidende wilsverklaring voorleggen. Echter, net zoals expliciete voorafgaande wilsverklaringen over voorbereidende handelingen *ante mortem* zullen expliciete voorafgaande wilsverklaringen over voorbereidende handelingen *post mortem* doorgaans niet voorkomen.

1085. Op basis van zijn zelfbepalingsrecht en artikel 10 Orgaantransplantatiewet kan de donor tijdens zijn leven ook zijn toestemming tot, dan wel zijn verzet tegen *orgaanwegneming* na overlijden op geregistreerde of niet-geregistreerde wijze uiten. Dit type voorafgaande wilsverklaring zal vaker voorkomen. De vraag rijst nu of uit een voorafgaande toestemming tot orgaanwegneming impliciet een toestemming tot voorbereidende handelingen *post mortem* kan worden afgeleid. Anders dan voor voorbereidende handelingen *ante mortem* wordt deze vraag in de rechtsleer positief beantwoord.⁵¹⁴⁷

Nochtans is hier m.i. enige nuancering op zijn plaats. Zoals al gezegd, moet bij het interpreteren van de voorafgaande toestemming tot orgaanwegneming rekening worden gehouden met de draagwijdte van deze wilsverklaring. Logischerwijze zal deze toestemming enkel de voorbereidende handelingen die noodzakelijk zijn voor de orgaanwegneming,

⁵¹⁴⁴ De meerderheid van de Belgische rechtsleer en rechtspraak neemt immers aan dat de naasten gebonden zijn aan de wil van de overledene. Nochtans is ook een eigen beslissingsrecht van de naasten, los van de wil van de overledene, denkbaar. Zie uitvoerig *supra* Hoofdstuk II, Afd. 3 van dit Deel.

⁵¹⁴⁵ Zie met name *supra* Hoofdstuk II, Afd. 3, § 2, A.2.a.1) van dit Deel.

⁵¹⁴⁶ Zie ook: E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 275.

⁵¹⁴⁷ D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 162 en 167; S.D. BARBER, "The tell-tale heart: ethical and legal implications of in situ organ preservation in the non-heart-beating cadaver donor", *Health Matrix* 1996, (471) 487 en 497; E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 252; M.A. BOS, o.c., *Transplantation* 2005, (1143) 1145.

impliceren.⁵¹⁴⁸ Daarnaast moet ook rekening worden gehouden met het vereiste van een geïnformeerde toestemming. Voor zover er geen bewijs is dat de declarant over de voorbereidende handelingen *post mortem* was geïnformeerd, kan de voorafgaande toestemming enkel de voorbereidende handelingen die irrelevante informatie betreffen, impliceren.⁵¹⁴⁹ Aangezien de donor per hypothese overleden is en dus geen gezondheidsbelang meer heeft, zal een handelingen die de fysieke integriteit aantast, sneller als irrelevant kunnen worden beschouwd dan tijdens het leven. Slechts voorbereidende handelingen *post mortem* die redelijkerwijze respectloos zijn t.a.v. het lijk zullen m.i. niet in de voorafgaande toestemming tot orgaanwegneming vervat zitten.

Samengevat kan uit de voorafgaande toestemming tot orgaanwegneming impliciet een toestemming tot de **noodzakelijke en respectvolle** handelingen *post mortem* worden afgeleid. *Vice versa* zal een voorafgaand verzet tegen orgaanwegneming logischerwijze een verzet tegen voorbereidende handelingen *post mortem* impliceren. De naasten zullen, zoals gezegd, deze wilsuitingen moeten respecteren.⁵¹⁵⁰

C. Vermoede toestemming

1086. Het kan gebeuren dat er (nog) geen voorafgaande wilsverklaring van de donor of een beslissing van de naasten aangaande de voorbereidende handelingen *post mortem* beschikbaar is. De vraag rijst dan of dit gebrek aan bewijs van toestemming (voorlopig) door een wettelijk vermoeden van toestemming tot voorbereidende handelingen *post mortem* kan worden opgevangen. Zoals voor voorbereidende handelingen *ante mortem* zal dit vermoeden een inmenging in het zelfbepalingsrecht uitmaken (art. 8, § 1 EVRM) en zal het dus moeten voldoen aan de voorwaarden van artikel 8, § 2 EVRM: (1) voorzien zijn bij wet, (2) een legitiem belang dienen en (3) evenredig zijn aan dit belang.⁵¹⁵¹

1087. Net zoals voor voorbereidende handelingen *ante mortem* bevat de Belgische regelgeving evenmin een expliciet vermoeden van toestemming tot voorbereidende handelingen *post mortem*. Artikel 10, § 1, lid 1 Orgaantransplantatiewet voorziet daarentegen wel in een wettelijk vermoeden van toestemming tot orgaanwegneming. De vraag rijst of dit vermoeden *impliciet* ook een vermoeden van toestemming tot voorbereidende handelingen *post mortem* omvat. Zoals voor de voorbereidende handelingen *ante mortem* kan m.i. op basis van een EVRM-conforme interpretatie worden verdedigd dat het vermoeden van toestemming tot orgaanwegneming het stellen van de voorzienbare voorbereidende handelingen *post mortem* kan impliceren.

In andere landen – met name de landen waar geen toestemmingsvermoeden inzake orgaanwegneming geldt – is wel een expliciet wettelijke vermoeden van toestemming tot voorbereidende handelingen *post mortem* te vinden. Zo laat de Nederlandse wet na vaststelling van de dood de noodzakelijke onderzoeks- en preservatiemaatregelen toe voor zover er nog geen verzet hiertegen is gevonden.⁵¹⁵² Ook de Amerikaanse modelwetgeving laat kort na overlijden de noodzakelijke maatregelen voor het waarborgen van de medische geschiktheid

⁵¹⁴⁸ Vgl. *supra* Afd. 2, § 2, B.1. van dit Hoofdstuk.

⁵¹⁴⁹ Vgl. *supra* Afd. 2, § 2, B.2.a. van dit Hoofdstuk.

⁵¹⁵⁰ Vgl. *supra* Afd. 2, § 2, B.2.a. van dit Hoofdstuk.

⁵¹⁵¹ Vgl. reeds de mensenrechtelijke analyse van het toestemmingsvermoeden uit art. 10 Orgaantransplantatiewet *supra* Hoofdstuk IV, Afd. 2 van dit Deel.

⁵¹⁵² Art. 22, leden 3 en 4 WOD; J.E.M. AKVELD, *o.c.*, *TvGR* 1992, (62) 73, die dit als een element van een geen bezwaar-systeem kwalificeert.

van organen toe voor zover men geen kennis heeft van een wilsverklaring die zich hiertegen verzet.⁵¹⁵³ Zolang geen zekerheid bestaat over het gebrek aan toestemming, mogen na overlijden eveneens in Engeland en Wales preservatiemaatregelen met het oog op transplantatie worden getroffen, maar enkel de maatregelen die minimaal noodzakelijk zijn en die de minst invasieve procedure uitmaken.⁵¹⁵⁴ Ten slotte kan ook uit de Franse wet, die zoals België wél de toestemming tot orgaanwegneming vermoedt, ook een uitdrukkelijk vermoeden van toestemming tot bepaalde voorbereidende handelingen *post mortem* worde afgeleid. Ze bepaalt immers dat de voorafgaande preservatiehandelingen die worden gesteld bij een overleden persoon vóór de orgaanwegneming, moeten worden gestaakt zodra zijn verzet tegen orgaandonatie bekend geraakt.⁵¹⁵⁵ Om meer rechtszekerheid te bieden zou de Orgaantransplantatiewet kunnen worden aangevuld met een precisering zoals deze in Frankrijk.

1088. De voorwaarde van het legitieme doel zou daarentegen geen probleem zijn. Het toestemmingsvermoeden zou immers het gezondheidsbelang van de orgaanontvangers dienen. Er kan *mutatis mutandis* worden verwezen naar wat al aangaande de voorbereidende handelingen *ante mortem* werd gezegd.

1089. De evenredigheidsvoorwaarde lijkt evenmin een onoverkomelijk probleem te vormen. Voor voorbereidende handelingen *post mortem* die noodzakelijk voor transplantatie en respectvol zijn, kan worden aangenomen dat het expliciete toestemmingsvermoeden in de meeste gevallen waarachtig zal zijn.⁵¹⁵⁶ Dit vermoeden zal de mogelijkheid tot orgaanwegneming behouden en zo dus veeleer het zelfbepalingsrecht van de meeste personen versterken.⁵¹⁵⁷ Voor zij die geen donor wensen te zijn, kan het vermoeden weerlegd worden door te voorzien in een verzetsmogelijkheid. Hiervoor kan *mutatis mutandis* worden verwezen naar wat ten aanzien van de voorbereidende handelingen *ante mortem* werd gezegd. Idem voor het beperkte toepassingsgebied van de vermoede toestemming tot orgaanwegneming.

1090. Uit al deze elementen blijkt dat de inmenging in het zelfbepalingsrecht eerder beperkt kan blijven en dan evenredig zal zijn aan het gewichtige belang van de ontvangers.⁵¹⁵⁸ Bijgevolg kan worden verdedigd dat het vermoeden van toestemming tot orgaanwegneming impliciet een vermoeden van toestemming tot voorbereidende handelingen *post mortem* omvat⁵¹⁵⁹ voor zover deze handelingen **noodzakelijk en respectvol** t.a.v. lijk zijn en er nog

⁵¹⁵³ Sec. 14(c) UAGA 2006; P. DE CRUZ, *Comparative healthcare law*, 2001, 581, die dit als een element van *presumed consent* bestempelt. Zie ook voor karakterisering *ante mortem*: 42 CFR § 482.45(a)(1); 42 CFR §485.643(a).

⁵¹⁵⁴ Sec. 43 HTA 2004; Human Tissue Authority Code of practice 2: donation of solid organs for transplantation (2014), www.hta.gov.uk/guidance/codes_of_practice.cfm, nrs. 133 en appendix B1.9; sec. 13 Human Transplantation (Wales) Act 2013.

⁵¹⁵⁵ Art. R1232-4-3 Code de la santé publique. Zie weliswaar voor kritiek op het feit dat dit niet bij wet, maar bij decreet is geregeld, zonder voorafgaand publiek debat: J.-M. BOLES, “Questions éthiques à propos des prélèvements d’organes sur des donneurs à cœur arrêté: une modification profonde du rapport à la mort” in M.-J. THIEL (ed.), *Donner, recevoir un organe: droit, dû, devoir*, Straatsburg, Presses universitaires de Strasbourg, 2009, (289) 301-302, 305-306 en 308-309.

⁵¹⁵⁶ Vgl *mutatis mutandis* wat in verband met voorbereidende handelingen *ante mortem* werd gezegd *supra* in Afd. 2, § 2, C van dit Hoofdstuk.

⁵¹⁵⁷ Vgl. R.J. BONNIE, S. WRIGHT en K.K. DINEEN, o.c., *J. L. Med. & Ethics* 2008, (741) 741, 745-746 en 748; J.F. CHILDRESS, o.c., *J.L. Med. & Ethics* 2008, (766) 767; PRESIDENT’S COUNCIL ON BIOETHICS, *Controversies in the Determination of Death*, 2008, <https://bioethicsarchive.georgetown.edu>, 58; S.D. BARBER, o.c., *Health Matrix* 1996, (471) 487-488 en 501.

⁵¹⁵⁸ Vgl. ook : Memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, 22.358, nr. 3, 23 en 25; S.D. BARBER, o.c., *Health Matrix* 1996, (471) 487-488 en 501; R.J. BONNIE, S. WRIGHT en K.K. DINEEN, o.c., *J. L. Med. & Ethics* 2008, (741) 741 en 745-746; PRESIDENT’S COUNCIL ON BIOETHICS, *Controversies in the Determination of Death*, 2008, <https://bioethicsarchive.georgetown.edu>, 58. Schijnbaar *contra*: E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 220-222, die vreest voor het ontstaan van publiek wantrouwen t.a.v. de (transplantatie)geneeskunde.

⁵¹⁵⁹ Zie ook (weliswaar zonder mensenrechtelijke benadering): D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 162-163 en 167; W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties*, 1992, 156; C. TROUET, *Van lichaam naar*

geen verzet tegen orgaanwegneming of deze handelingen gekend is. Ook een expliciet wettelijk vermoeden van toestemming tot bepaalde voorbereidende handelingen *post mortem* zou gerechtvaardigd kunnen zijn.

§ 2. RESPECT EN BEZORGDHEID

1091. De wil van de potentiële donor is niet allesbepalend. De fysieke aantasting van het lijk moet immers ook stroken met andere fundamentele belangen.⁵¹⁶⁰ Dit vloeit onder meer voort uit artikel 8, § 2 EVRM.⁵¹⁶¹ Eerder werd al verwezen naar het belang van de ontvanger om enkel medische geschikte organen te ontvangen. Dit brengt mee dat geen voorbereidende handelingen *post mortem* meer gesteld mogen worden zodra de organen van de donor ongeschikt blijken. Er werd eveneens verwezen naar het belang van de strafvervolgning (art. 13 Orgaantransplantatiewet), wat impliceert dat er geen voorbereidende handelingen *post mortem* meer gesteld mogen worden zodra de procureur des Konings zich wegens de onbekende of verdachte doodsoorzaak verzet tegen orgaanwegneming.

Ten slotte werd ook verwezen naar het vereiste van respect voor het lijk en van bezorgdheid voor de gevoelens van de familie. Artikel 12 Orgaantransplantatiewet stelt het vereiste van respect en bezorgdheid expliciet ten aanzien van het wegnemen van organen. Schending van dit vereiste kan worden gesanctioneerd via burgerrechtelijke en tuchtrechtelijke foutaansprakelijkheid. Er kan worden aangenomen dat het burgerrechtelijk en tuchtrechtelijk foutbegrip ruim genoeg is om niet enkel een gebrek aan respect en bezorgdheid bij de orgaanwegneming op zich, maar ook bij het stellen van de voorbereidende handelingen *post mortem* te sanctioneren.⁵¹⁶² Het is m.i. voornamelijk dit vereiste van respect en bezorgdheid dat een grondslag biedt om concreet te bepalen welke voorbereidende handelingen *post mortem* nu juist geoorloofd kunnen zijn. Daarom zal er hierna nog iets dieper op worden ingegaan.

1092. Het vereiste van respect op het lijk en bezorgdheid voor de gevoelens van de familie levert voor alle duidelijkheid geen principieel probleem op voor voorbereidende handelingen *post mortem* met het oog op orgaanwegneming en -transplantatie. De Orgaantransplantatiewet en zijn uitvoeringsbesluiten erkennen immers zowel orgaanwegneming/-transplantatie, als het stellen van bijhorende voorbereidende handelingen *post mortem*. Hieruit volgt impliciet dat deze voorbereidende handelingen legitiem kunnen zijn. Wel brengt het vereiste van respect en bezorgdheid een verfijning aan: de artsen kunnen enkel kiezen uit de voorbereidende handelingen die respectvol zijn ta.v. het lijk en de gevoelens van de familie.

Om te beoordelen of een bepaalde voorbereidende handeling respectvol is, kunnen onder meer de volgende parameters gehanteerd worden. Allereerst kan gekeken worden naar de manier waarop de voorbereidende handeling wordt gesteld (bv. niet onnodig gewelddadig;

lichaamsmateriaal, 2003, 318; GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, 2003, nr. 2003/1, 294-295; J.E.M. AKVELD, *Transplantatie en wetgeving*, 1987, 164; G. KOOTSTRA, J.H.C. DAEMEN en A.P.A. OOMEN, "Categories of Non-Heart-Beating Donors", *Transpl. Proc.* 1995, (2893) 2893; E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 252, die evenwel pleit voor voldoende voorlichting; S. TACK, o.c., *Orpadt forum* 2006, jaargang 7, nr. 1, (20) 24.

⁵¹⁶⁰ Zie *supra* Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, A van dit Deel.

⁵¹⁶¹ Deze bepaling verwijst ter herinnering naar belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Zie ook: art. 98 Code van Geneeskundige Plichtenleer, dat met betrekking tot *heart-beating* donoren de kunstmatige instandhouding van de cardiorespiratoire functies na overlijden met het oog op het wegnemen en transplanteren van organen toelaatbaar acht voor zover niet enkel de wilsbeschikking van de patiënt, maar ook de 'wettelijke beschikkingen' worden gerespecteerd.

⁵¹⁶² Vgl. ook zonder koppeling aan aansprakelijkheid: E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 265; P. SCHOTSMANS *et al.*, o.c. in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (136) 137.

niet zodanig snel en druk dat de sereniteit rondom het overlijden wordt doorbroken).⁵¹⁶³ Vervolgens kan ook gekeken worden naar de gevolgen van de handeling voor de uiterlijke verschijning van het lijk. Dit is relevant voor de nagedachtenis van de overledene, alsook voor de begrafenis. Zo mag de voorbereidende handeling dus niet te verminkend zijn (bv. perfusie via katheter i.p.v. via het openen van buik- en borstholte; wel kunstmatige beademing, maar niet het breken van het borstbeen en ribben door postmortale hartmassage).⁵¹⁶⁴ Daarnaast kan ook de duur van de handeling een beoordelingselement vormen. De handeling mag niet langer duren dan nodig (bv. afzetten van ventillator zodra de donor ongeschikt blijkt of kennis wordt genomen van een rechtsgeldig verzet tegen orgaanwegneming).⁵¹⁶⁵ Ten slotte is ook de wil van de donor één van de beoordelingselementen.⁵¹⁶⁶ Indien er voor een bepaalde voorbereidende handeling uitdrukkelijke toestemming werd gegeven, zal deze handeling minder snel als respectloos kunnen worden beschouwd.

Afdeling 4. Voorstel tot wettelijke verduidelijking

1093. Het staat buiten kijf dat de voorbereidende preservatie- en karakteriseringshandelingen bij orgaanwegneming na overlijden belangrijk zijn voor een kwaliteitsvol orgaanaanbod. Nochtans biedt de Belgische regelgeving hiervoor geen duidelijk raamwerk. Er moet worden teruggesproken naar de algemene juridische principes, wat enige interpretatie-inspanningen vereist. Samengevat kan uit deze principes m.i. de volgende algemene *modus operandi* worden afgeleid.

Allereerst mag pas aan orgaanwegneming en de bijhorende voorbereidende handelingen gedacht worden nadat op zijn minst de medische uitzichtloosheid van de gezondheidstoestand van de patiënt zorgvuldig is vastgesteld.⁵¹⁶⁷ De uitvoeringsbesluiten bij de Orgaantransplantatiewet wekken bovendien *prima facie* de indruk dat slechts aan voorbereidende handelingen mag gedacht worden nadat het overlijden van de donor is vastgesteld. Het is echter zinvoller om te verdedigen dat voorbereidende handelingen *ante mortem* wél geoorloofd kunnen zijn *de lege lata*.

Indien aan orgaanwegneming en de voorbereidende handelingen gedacht wordt, moeten zo snel mogelijk, desnoods al vóór het overlijden, het donorregister en de naasten geconsulteerd worden over de wil van de potentiële donor. Zolang deze zoektocht niet mogelijk is of niets oplevert, kunnen op basis van een impliciet wettelijk toestemmingsvermoeden (art. 10, § 1, lid 1 Orgaantransplantatiewet) al voorbereidende handelingen worden gesteld. De handelingen moeten evenwel voldoen aan een drietal voorwaarden. De eerste voorwaarde is dat enkel de *noodzakelijke* handelingen mogen worden gesteld. De tweede voorwaarde verschilt naargelang de voorbereidende handeling al dan niet vóór het overlijden plaatsvindt. *Ante mortem* mogen enkel handelingen worden gesteld die weinig ingrijpend zijn en in het algemeen een evenredige

⁵¹⁶³ Vgl. E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 263 en 264; J.M. WILMINK, "Ethische aspecten" in H.B.M. VAN WEZEL, M. SLOOFF en H. VAN GOOR (eds.), *Orgaandonatie. Organisatorische, juridische, ethische en medisch-technische aspecten van orgaan- en weefseldonatie*, Houten, Bohn Stafleu Van Loghum, 1998, (22) 28.

⁵¹⁶⁴ Vgl. E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 263 en 273; Memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, 22.358, nr. 3, 23 en 25; S.D. BARBER, o.c., *Health Matrix* 1996, (471) 498 en 499; R.J. BONNIE, S. WRIGHT en K.K. DINEEN, o.c., *J. L. Med. & Ethics* 2008, (741) 741 en 745-746; M.K. CLARK, o.c., *Ind. L.J.* 1995, (929) 938, 942, 945-946 en 947.

⁵¹⁶⁵ Vgl. J.V. ROSENFELD en P.J. LENNARSON, "Coma and Brain Death" in A.H.V. SCHAPIRA (ed.), *Neurology and Clinical Neuroscience*, Philadelphia, Mosby, 2007, (97) 114; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 167-169; G. ANNAS, S. LAW, R. ROSENBLATT en K. WING, *American Health Law*, Boston, Little, Brown and Company, 1990, 873; Dissenting Opinion J. Long in *Strachan v. John F. Kennedy Memorial Hospital*, 507 A.2d 718 [Super. Ct. NJ, 1986].

⁵¹⁶⁶ Vgl. E.J.O. KOMPANJE, *Geven en nemen*, 1999, 253 en 273-274 e.a.

⁵¹⁶⁷ Zie *supra* Hoofdstuk I, Afd. 3, § 2, B.2. van dit Deel.

fysieke aantasting uitmaken. *Post mortem* geldt een minder strenge voorwaarde: het volstaat dat de handeling wordt uitgevoerd met respect voor het lijk en voor de gevoelens van de familie. De derde voorwaarde is logischerwijze dat de potentiële donor onder het toepassingsgebied van het vermoeden van toestemming tot orgaanwegneming valt. Dit betekent o.a. dat niet-geïdentificeerde personen/overledenen nog niet aan voorbereidende handelingen onderworpen kunnen worden.

Indien de consultatie een voorafgaande toestemmingsverklaring van de donor inzake voorbereidende handelingen oplevert, dan mogen zonder twijfel voorbereidende handelingen worden gesteld voor zover ze evenredig zijn of plaatsvinden met bezorgdheid voor het lijk. Als er echter al een voorafgaande toestemmingsverklaring inzake orgaanwegneming bestaat, dan zal deze wellicht enkel betrekking hebben op orgaanwegneming. Hieruit kan dan impliciet een toestemming tot voorbereidende handelingen worden afgeleid onder dezelfde voorwaarden als bij het impliciete toestemmingsvermoeden. Voor handelingen *ante mortem* bestaat echter geen eensgezindheid over de mogelijkheid om een toestemming hiertoe uit de louter toestemming tot orgaanwegneming *ante mortem* af te leiden.

Indien de consultatie uiteindelijk geen duidelijke voorafgaande wilsverklaring van de donor oplevert, dan zal de beslissing aan iemand anders toekomen. Voor voorbereidende handelingen *ante mortem* hangt dit af van hoe ruim het toepassingsgebied van de Wet Patiëntenrechten wordt geïnterpreteerd. Volgens de – m.i. wenselijke – ruime interpretatie zal de vertegenwoordigingsregeling van artikelen 12-15 Wet Patiëntenrechten moeten worden toegepast. De wettelijke vertegenwoordiger van de potentiële donor heeft dan het recht om vrij en geïnformeerd toestemming te geven tot de voorbereidende handelingen (art. 8 Wet Patiëntenrechten). Voor voorbereidende handelingen *post mortem* zullen de naasten van de donor, die niet noodzakelijk dezelfde persoon als de wettelijke vertegenwoordiger uit de Wet Patiëntenrechten zijn, mogen beslissen.

In ieder geval zullen de voorbereidende handelingen niet gesteld mogen worden of gestaakt moeten worden in drie gevallen: (1) zodra een expliciet of impliciet verzet hiertegen in naam van de potentiële donor gekend geraakt, (2) indien de procureur des Konings zich tegen de orgaanwegneming verzet of (3) zodra de medische ongeschiktheid van de kandidaat-donor duidelijk is.

1094. Uit het voorgaande volgt dat op basis van de algemene juridische principes, zoals het vermoeden van toestemming tot orgaanwegneming, een verantwoord juridisch raamwerk voor de voorbereidende handelingen kan worden geconstrueerd. Niettemin bestaan hierbij verschillende discussiepunten, zodat het m.i. raadzaam is om dergelijk raamwerk toch te vervatten in een specifieke, coherente wettelijke regeling, zoals ook werd gedaan in Nederland, de Verenigde Staten, Engeland, Wales en in beperkte mate ook Frankrijk.⁵¹⁶⁸ Zo'n specifiek wettelijk kader zou immers voor alle betrokken partijen voordelen opleveren.

Voor de zorgverleners betekent deze verhoogde rechtszekerheid dat ze minder snel aansprakelijk zullen zijn.⁵¹⁶⁹

Voor de orgaanontvangers verhoogt dit de kansen op een geschikt orgaan. Bij gebrek aan duidelijke regeling zal er immers sneller discussie kunnen ontstaan. Dit bleek vooral zo te zijn voor voorbereidende handelingen *ante mortem*, die met name bij sommige typen *non-*

⁵¹⁶⁸ Zie ook: H. NYS en G. VAN BEEUMEN, o.c. in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, 2014, (38) 43.

⁵¹⁶⁹ Vgl. M.K. CLARK, o.c., *Ind. L.J.* 1995, (929) 948.

heart-beating donoren van belang zijn. Gelet op het orgaantekort is dit type donor van groeiend belang. Een duidelijke regeling kan een stimulerend signaal naar de zorgverleners zenden en hen er sneller toe aanzetten om bepaalde *non-heart-beating* donoren te gebruiken.⁵¹⁷⁰ Bovendien zal een duidelijke regeling wantrouwen van het publiek kunnen vermijden,⁵¹⁷¹ zodat de donatiebereidheid intact kan blijven.

Voor de donor en zijn naasten zal een duidelijke bescherming geboden kunnen worden. Indien gekozen zou worden voor een (expliciet of impliciet) vermoeden van toestemming tot voorbereidende handelingen, is naast een wettelijke regeling dan wel ook het verstrekken van relevante informatie hierover aan het publiek wenselijk.

⁵¹⁷⁰ Vgl. A.K. GLAZIER, *o.c.*, *Kan. J.L. & Pub. Pol'y* 2000, (640) 647.

⁵¹⁷¹ Vgl. J.F. CHILDRESS, *o.c.*, *J.L. Med. & Ethics* 2008, (766) 768; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 170.

DEEL VI. DE ONTVANGER

1095. In dit deel staat ten slotte de verhouding tussen de zorgverlener en orgaanontvanger centraal. Juridisch gezien is de orgaanontvanger op veel vlakken een patiënt zoals alle andere personen die een chirurgische ingreep ondergaan. De implantatie van het donororgaan in de ontvanger (de transplantatie *in se*),⁵¹⁷² alsook de voor- en nazorg zijn zonder twijfel te kwalificeren als gezondheidszorg⁵¹⁷³ die door een beroepsbeoefenaar⁵¹⁷⁴ zal worden verstrekt. De ontvanger valt bijgevolg onder de algemene regels van de Wet Patiëntenrechten⁵¹⁷⁵. Dit verklaart waarom er in de Orgaantransplantatiewet oorspronkelijk geen specifieke aandacht werd geschonken aan de rechtspositie van de ontvanger. De wetgever achtte de algemene regels blijkbaar voldoende.⁵¹⁷⁶ De specifieke positie van de ontvanger werd toen slechts onrechtstreeks gevisieerd via de regels over de orgaanwegname bij de donor. Dit leidde wel eens tot de bemerking dat de afkorting ‘Orgaantransplantatiewet’ niet erg geslaagd is, aangezien deze wet niet de transplantatie (maar slechts de wegneming) regelde.⁵¹⁷⁷ Zoals hierna zal blijken, is deze kritiek niet (meer) terecht.

1096. Hoewel de algemene Wet Patiëntenrechten van toepassing is op de situatie van de orgaanontvanger of ‘transplantatiepatiënt’, is ze niettemin ontoereikend gebleken. Dit geldt met name voor twee aspecten, die beide verband houden met artikel 5 Wet Patiëntenrechten.

Artikel 5 Wet Patiëntenrechten bevat een recht op kwaliteitsvolle dienstverlening tegenover de beroepsbeoefenaar overeenkomstig de behoefte van de patiënt en zonder enig onderscheid op welke grond ook. De draagwijdte van deze bepaling is beperkter dan op het eerste gezicht lijkt. De wetgever wenste hiermee namelijk geenszins het recht op gelijke toegang tot gezondheidszorg nader te regelen, laat staan aan iedere patiënt een onverkorte aanspraak op gezondheidszorg te geven.⁵¹⁷⁸ Nochtans is de vraag in hoeverre er een recht op toegang tot orgaantransplantatie bestaat nu net een zeer pertinente vraag voor de kandidaat-ontvanger. Er zijn immers onvoldoende organen om iedere ontvanger een transplantatie te kunnen aanbieden. De wetgever heeft dan ook specifiek hoofdstuk III/1 van de Orgaantransplantatiewet (‘Bepalingen betreffende de toewijzing van organen’) hieraan gewijd.

Artikel 5 Wet Patiëntenrechten legt de klemtoon veeleer op het kwaliteitsvolle karakter van de verstrekte gezondheidszorg. Het recht op kwaliteitsvolle dienstverlening is zo in feite niets meer dan een ‘doublure’ van de reeds lang gevestigde algemene zorgvuldigheidsnorm uit

⁵¹⁷² Cf. *supra* Deel II, Hoofdstuk III, Afd. 2, § 1, B.1. over de term ‘transplantatie’.

⁵¹⁷³ Dit omvat alle “diensten verstrekt door een beroepsbeoefenaar met het oog op het bevorderen, vaststellen, behouden, herstellen of verbeteren van de gezondheidstoestand van een patiënt, om het uiterlijk van een patiënt om voornamelijk esthetische redenen te veranderen of om de patiënt bij het sterven te begeleiden” (art. 2, 2° Wet Patiëntenrechten). Met betrekking tot transplantatie van samengestelde weefsels (bv. gezicht en armen; Cf. *supra* Deel II, Hoofdstuk III, Afd. 1, § 2, C.3.) moet bijkomend worden opgemerkt dat dit het uiterlijk van de patiënt verandert met een *therapeutisch en reconstructief doel* in plaats van louter esthetische redenen. Dit betekent dat de Wet Patiëntenrechten wel van toepassing kan zijn, maar niet de wet van 23 mei 2013 tot regeling van de vereiste kwalificaties om ingrepen van niet-heelkundige esthetische geneeskunde en esthetische heelkunde uit te voeren en tot regeling van de reclame en informatie betreffende die ingrepen, BS 2 juli 2013 (zie art. 2, 1° en 2° *iuncto* art. 3 van deze wet).

⁵¹⁷⁴ Zie met name *supra* Deel III, Hoofdstuk II, Afd. 1, § 2, B.1. over het ‘artsenmonopolie’ m.b.t. de transplantatie *in se*.

⁵¹⁷⁵ Cf. art. 2 *iuncto* art. 3, § 1 Wet Patiëntenrechten. Zie ook: T. VANSWEEVELT, “Definities en toepassingsgebied van de Wet Patiëntenrechten”, T. Gez. 2003-04, (66) 70; H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, Mechelen, Kluwer, 2005, 137, nr. 308 en 516, nr. 1206; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Brussel, Larcier, 2010, 113; A.-C. SQUIFFLET, “Le droit face à la pénurie d’organes: quels apports pour quelle efficacité?”, *Ann. dr. Louvain* 2011, (357) 378. Schijnbaar *contra*: verslag GILKINET en BROUNS, *Parl. St. Kamer* 2001-02, nr. 50-1642/012, 56.

⁵¹⁷⁶ Cf. Verslag MERCKX-VAN GOEY, *Parl. St. Kamer* 1985-86, nr. 220-9, 29-30, over het recht van de ontvanger op toestemming.

⁵¹⁷⁷ H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 2005, 511.

⁵¹⁷⁸ Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2001-02, nr. 50-1642/001, 12-13; H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 2005, 145-146.

het aansprakelijkheidsrecht (art. 1382 en art. 1147 BW).⁵¹⁷⁹ Nochtans geven de kwaliteit en veiligheid van organen bestemd voor transplantatie aanleiding tot enkele bijzondere aandachtspunten. De Europese regelgever achtte het dan ook nodig om via een richtlijn (Richtlijn 2010/53/EU)⁵¹⁸⁰ een aantal specifieke kwaliteits- en veiligheidsnormen in verband met orgaantransplantatie uit te vaardigen. In 2012 werden deze normen ter omzetting van de richtlijn opgenomen in de Orgaantransplantatiewet (en haar uitvoeringsbesluiten).

1097. Samenvattend kan dus voor de rechten van de transplantatiepatiënt grotendeels worden teruggevallen op de algemene regels, maar moet worden gegrepen naar de specifieke regelgeving omtrent orgaantransplantatie voor twee bijzondere patiëntenrechten: het recht op toegang tot orgaantransplantatie enerzijds en het recht op kwaliteitsvolle en veilige organen anderzijds. Beide rechten zullen hierna uitgebreid worden geanalyseerd. Voor de overige patiëntenrechten wordt verwezen naar de algemene werken daarover.⁵¹⁸¹

Hoofdstuk I. Recht op toegang tot orgaantransplantatie

Afdeling 1. Grondslagen van orgaanallocatie

§ 1. PROBLEEMSTELLING

A. *Het recht op gezondheidszorg*

1. Principe

1098. Orgaantransplantatie is een handeling die wordt gesteld ter behartiging van de gezondheid van de ontvanger. In het algemeen vormt ‘gezondheid’ het voorwerp van een *grondrecht* dat aan eenieder hoofdzakelijk ten aanzien van de overheid (verticale werking)⁵¹⁸² een gezondheidsgerelateerde aanspraak geeft. Dit grondrecht wordt in verschillende juridisch bindende bepalingen erkend onder een afwisselende terminologie.⁵¹⁸³

Sommige bepalingen spreken van een ‘recht op (bescherming van de) gezondheid’ (art. 23, lid 3, 2° GW; art. 12 ECOSOC-verdrag⁵¹⁸⁴; art. 11 HESH). Hiermee wordt voor alle duidelijkheid geenszins een recht op ‘gezond zijn’ bij wijze van resultaatsverbintenis bedoeld. Gezondheid is op zich een goed dat onderworpen is aan de natuurlijke loterij van het leven en dus grotendeels buiten de menselijke beschikkingsmacht ligt. Als zodanig kan gezondheid niet door de overheid (of andere personen zoals artsen of ziekenhuizen) geleverd worden.⁵¹⁸⁵ Het

⁵¹⁷⁹ T. VANSWEEVELT, “Het recht op een kwaliteitsvolle dienstverstreking” in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (307) 308-309. Zie ook: Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2001-02, nr. 50-1642/001, 18; Verslag GILKINET en BROUNS, *Parl. St. Kamer* 2001-02, nr. 50-1642/012, 64 en 66; T. GOFFIN, *De professionele autonomie van de arts. De rechtspositie van de arts in de arts-patiëntrelatie*, Brugge, die Keure, 2011, 346-348.

⁵¹⁸⁰ Zie reeds *supra* Deel II, Hoofdstuk I, Afd. 2, A.

⁵¹⁸¹ Zie met name T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, Antwerpen, Intersentia, 2014.

⁵¹⁸² Aanspraken i.v.m. dit grondrecht tussen burgers onderling (horizontale werking) is evenwel niet uitgesloten. Zie bv.: M. STROOBANT, “De grondwettelijke rechten op bescherming van de gezondheid en op geneeskundige bijstand”, *T. Gez.* 1997-98, (448) 449 en 454-456; J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER m.m.v. T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2013 (7^{de} editie), 617.

⁵¹⁸³ Zie uitgebreider: F. LOUCKX, *Staat en gezondheidszorg*, Brussel, Larcier, 2015, 17 e.v.

⁵¹⁸⁴ Zie binnen de context van de Verenigde Naties ook de volgende, niet-bindende teksten: Preambule WHO-Constitutie en art. 25 UVRM.

⁵¹⁸⁵ Zie o.a.: H.J.J. LEENEN, “Gelijkheid en ongelijkheid in de gezondheidszorg”, *TvGR* 1984, (53) 53 (voetnoot 1) en 62-63; S.S. FLUSS, “The Development of National Health Legislation in Europe: The Contribution of International Organizations”, *EJHL* 1995,

‘recht op gezondheid’ moet hier veeleer begrepen worden als een overkoepelend begrip voor enerzijds een recht op gezondheidszorg en anderzijds een recht op alle andere gezondheidsdeterminanten (bv. voedsel, huisvesting, gezond leefmilieu, veilige werkomstandigheden).⁵¹⁸⁶

Sommige bepalingen richten zich (ook) rechtstreeks op het ‘recht op gezondheidszorg’ (art. 23, lid 3, 2° GW; art. 12, lid 2, d ECOSOC-Verdrag; art. 35 HGEU; art. 13 HESH; art. 3 EVRM-Bio). In verband met artikel 3 EVRM-Bio moet bovendien gewezen worden op artikel 3 Transplantatieprotocol EVRM-Bio, dat als specifieke toepassing van artikel 3 EVRM-Bio een recht op toegang tot orgaantransplantatie erkent. Deze twee verdragsbepalingen zijn op zich weliswaar niet bindend ten aanzien van België. Niettemin mag worden verwacht dat het EVRM-Bio door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens zal worden gebruikt als inspiratiebron bij de toetsing aan het EVRM, dat wél bindend is.⁵¹⁸⁷ Het Hof aanvaardt al dat onder andere het recht op leven (art. 2 EVRM), het verbod op vernederende en onmenselijke behandeling (art. 3 EVRM) en het recht op privéleven (art. 8 EVRM) positieve verplichtingen voor de overheid kunnen impliceren. Dit zou dus de burger (incl. de kandidaat-orgaanontvanger) bepaalde aanspraken in verband met gezondheidszorg (bv. het waarborgen van een toereikend orgaanaanbod) kunnen opleveren.⁵¹⁸⁸

In wat volgt zal de aandacht vooral gaan naar het ‘recht op gezondheidszorg’ (in plaats van het ruimere ‘recht op gezondheid’) aangezien orgaantransplantatie een *species* van gezondheidszorg is.

1099. Dat eenieder een recht op gezondheidszorg heeft, wil echter nog niet zeggen dat eenieder aanspraak kan maken op een orgaantransplantatie. De afdwingbaarheid van het recht op gezondheidszorg is immers beperkt. Er wordt algemeen aanvaard dat de overheid de beschikbaarheid van de verschillende soorten gezondheidszorg niet onmiddellijk moet realiseren telkens een burger het recht op gezondheidszorg inroept (m.a.w. geen ‘directe’

(193) 206; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, Brussel, Services fédéraux des affaires scientifiques, techniques et culturelles, 1996, 143-144; M. STROOBANT, o.c., *T. Gez.* 1997-98, (448) 448; COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, General Comment nr. 14 (2000), www.un.org, para. 8-9.

⁵¹⁸⁶ COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, General Comment nr. 14 (2000), www.un.org, para. 4 en 11; B. TOEBES, “The right to health and other health-related rights” in B. TOEBES, M. HARTLEV en A. HENDRIKS (eds.), *Health and human rights in Europe*, Cambridge, Intersentia, 2012, (83) 92-93; M. SAN GIORGI, *The Human Right to Equal Access to Health Care*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 12, 19, 17 en 28.

⁵¹⁸⁷ Zie hierover al *supra* Deel I, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, B.

⁵¹⁸⁸ Zie in het algemeen: EHRM, *Pentiacova and 48 others v. Moldova*, 2005, <http://hudoc.echr.coe.int>; Y. HAECK, “Recht op leven” in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM. Deel 2. Artikelsgewijze commentaar. Vol. II*, Antwerpen, Intersentia, 2004, (31) 56; M. SAN GIORGI, *The Human Right to Equal Access to Health Care*, 2012, 18, 103 en 110; B. TOEBES, o.c. in B. TOEBES, M. HARTLEV en A. HENDRIKS (eds.), *Health and human rights in Europe*, 2012, (83) 83 en 103-106.

Zie specifiek m.b.t. orgaantransplantatie: Trib. Féd. Zwitserland 16 april 1997, *RUDH* 1997, (286) 289 en 295; J.F. RANG, “Gezondheidsrechtelijke aspecten van familiedonatie bij niertransplantatie”, *TvGR* 1979, (14) 18-19; J.K.M. GEVERS, “Het recht op gezondheidszorg bij beperkte beschikbaarheid van voorzieningen” in H.D.C. ROSCAM ABBING en F.C.B. WIJMEN (eds.), *Wetgeving gezondheidszorg in perspectief*, Deventer, Kluwer, 1989, (71) 72; D.P.T. PRICE, “Legal Systems for Organ Distribution in Europe: Justice in Allocation” in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation: Ethical, Legal and Psychosocial Aspects. Towards a Common European Policy*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2008, (163) 165; A.J. CRONIN en J. HARRIS, “Authorisation, altruism and compulsion in the organ donation debate”, *J. Med. Ethics* 2010, (627) 629; M.-C. DOCK, “Prélèvement d’organes et de tissus sur des donneurs vivants à des fins de transplantation” in H. GROS ESPIELL, J. MICHAUD en G. TEBOUL (eds.), *Convention sur les droits de l’homme et la biomédecine: analyses et commentaires*, Parijs, Economica, 2010, (359) 360; A. HENDRIKS, “The Role of the Council of Europe and the European Union with Respect to Cross-border Aspects of Organ Transplantation” in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J.V. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation: Ethical, Legal and Psychosocial Aspects. Expanding the European Platform*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2011, (32) 35 en 40; L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 7-8, 147-148 en 243 en 284. Vgl. ook: C. WILLIAMS, “Combating the problems of human rights abuses and inadequate organ supply through presumed donative consent”, *Case W. Res. J. Int’l L.* 1994, (315) 395-360.

werking).⁵¹⁸⁹ Deze opvatting vindt een verklaring in het feit dat de overheid de onmiddellijke beschikbaarstelling van gezondheidszorgdiensten soms gewoon niet *kan* waarborgen.⁵¹⁹⁰ Gezondheidszorg vereist immers middelen (financiën, goederen,...) en deze middelen zijn nu eenmaal beperkt.⁵¹⁹¹ De overheid wordt door deze schaarste geconfronteerd met een probleem van (macro-)allocatie, wat het maken van verschillende beleidskeuzes vereist.⁵¹⁹² Zo moeten allereerst de schaarse middelen verdeeld worden tussen enerzijds gezondheidszorg en anderzijds andere noodzakelijke sociale doelen (bv. onderwijs, werkgelegenheid, vrijetijdsbesteding). Vervolgens moet ook nog worden beslist hoe de beperkte middelen binnen de gezondheidszorg verdeeld zullen worden tussen de verschillende vormen van gezondheidszorg (bv. preventieve vs. curatieve zorgen; primaire vs. secundaire vs. tertiaire zorg).

Bijgevolg wordt aangenomen dat het recht op gezondheidszorg de overheid veeleer verplicht tot het ondernemen van progressieve stappen om de toegang tot gezondheidszorg zo goed mogelijk te verwezenlijken voor zover de beschikbare middelen dit toelaten.⁵¹⁹³ Bij deze ‘inspanningsverbintenis’ laat de rechter aan de overheid traditioneel een ruime appreciatiemarge. De overheid is immers het best bekend met het eigen gezondheidszorgsysteem en de beschikbare fondsen en is dus het best geplaatst om hierover te beslissen.⁵¹⁹⁴ Concreet neemt de afdwingbaarheid van het recht op gezondheidszorg hierdoor

⁵¹⁸⁹ Zie o.a.: H.D.C. ROSCAM ABBING, “Recht op gezondheidszorg: een beschouwing over grenzen en grenzen aan het stellen van grenzen” in J.K.M. GEVERS en J.H. HUBBEN (eds.), *Grenzen aan de zorg; zorgen aan de grens. Liber amicorum voor prof. dr. H.J.J. Leenen*, Alphen aan den Rijn, Samsom H.D. Tjeenk Willink, 1990, (84) 92; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 145 ; M. STROOBANT, o.c., *T. Gez.* 1997-98, (448) 455; M. VAN DAMME, *Overzicht van het grondwettelijk recht*, 2008, 449-450; F. LOUCKX, *Staat en gezondheidszorg*, Brussel, Larcier, 2015, 89-112. Het gebrek aan directe werking wordt vaak als kenmerkend beschouwd voor de zgn. categorie van ‘sociale grondrechten’, waartoe het recht op gezondheidszorg behoort. Hiertegenover plaats men traditioneel de categorie van de ‘klassieke burgerlijke en politieke grondrechten’ (bv. recht op leven, recht op privacy), die wel directe werking hebben. Verschillende auteurs achten dit onderscheid echter achterhaald aangezien beide categorieën rechten positieve en negatieve verplichtingen behelzen. Zie: M. SAN GIORGI, *The Human Right to Equal Access to Health Care*, 2012, 43 en 45 en 46; J.A. SELLIN, *Access to Medicines. The interface between Patents and Human Rights. Does one size fits all?*, Cambridge, Intersentia, 2014, 70-71, 107 en 116 ; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 148-149 ; J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER m.m.v. T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, 2013 (7^{de} editie), 255 en 609-610.

⁵¹⁹⁰ Vgl. S. PANIS, *Stamcellen en recht. Een juridische analyse van wegneming tot gebruik*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 629.

⁵¹⁹¹ H. NYS, “Ongelijke toegang tot de gezondheidszorg. Juridisch-ethische aspecten van keuzen in de gezondheidszorg” in F. LOUCKX (ed.), *De gevelarchitectuur van de welvaartstaat: ongelijke toegang tot de gezondheidszorg*, Brussel, VUBPress, 1995, (45) 49; Advies van de Raad van State bij Erratum KB van 24 november 1997 betreffende het wegnemen en toewijzen van organen van menselijke oorsprong, *BS* 26 mei 1998, nr. 5; Advies van de Raad van State, *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 51-2680/1, 17; J.C. MOSKOP, “Ability to Pay and Access to Transplantation” in W. LAND en J.B. DOSSETOR (eds.), *Organ Replacement Therapy: Ethics, Justice and Commerce*, Berlin/Heidelberg, Springer-Verlag, 1991, (433) 434.

⁵¹⁹² K. RAES, “Macrosociale dimensies van keuzen in de zorg” in M. SANTENS (ed.), *Een rechtvaardige gezondheidszorg*, 2008, (7) 10; L. CAPITAINE, *Financial and commodity scarcity in health care. A philosophical analysis of prominent coping mechanisms and solutions in selected settings*, Ugent, Proefschrift, 2014, 14-15; T.L. BEAUCHAMP en J.F. CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, New York, Oxford University Press, 2001 (5^{de} ed.), 251; R.H. BLANK, *Rationing Medicine*, New York, Columbia University Press, 1988, 77-78.

⁵¹⁹³ Art. 2.1 *iuncto* art. 12 ECOSCO-Verdrag; Memorie van toelichting EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nrs. 23 en 26; Advies van de Raad van State, *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 51-2680/1, 17; J.K.M. GEVERS, o.c. in H.D.C. ROSCAM ABBING en F.C.B. WIJMEN (eds.), *Wetgeving gezondheidszorg in perspectief*, 1989, (71) 72; H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 2005, 146; M. SAN GIORGI, *The Human Right to Equal Access to Health Care*, 2012, 20, 32-33 en 35; KONING BOUDEWIJN STICHTING, *Justice and solidarity in priority setting in healthcare*, 2013, www.kbs-frb.be, 94-95; COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, General Comment nr. 14 (2000), www.un.org, para. 30. Schending van deze plicht kan leiden tot aansprakelijkheid op grond van art. 1382 BW: F. LOUCKX, *Staat en gezondheidszorg*, Brussel, Larcier, 2015, 98-100 en 112.

⁵¹⁹⁴ EHRM, *Pentiacova and 48 others v. Moldova*, 2005, <http://hudoc.echr.coe.int> (m.b.t. toegang tot nierdialyse in het licht van art. 2, 3 en 8 EVRM). Zie ook: COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, General Comment nr. 14 (2000), www.un.org, para. 53-55.

meestal slechts de vorm aan van een oriëntatie- en interpretatierichtlijn⁵¹⁹⁵ of een verbod op maatregelen die tot achteruitgang leiden (*standstill*-verplichting)⁵¹⁹⁶.

2. Toepassing op orgaantransplantatie

1100. Wat betreft de toegang tot orgaantransplantatie lijkt de beperkte afdwingbaarheid van het recht op gezondheidszorg niet meteen een groot gemis te zijn in België. Zoals in vele ontwikkelde landen promoot de overheid reeds de beschikbaarheid van orgaantransplantatie. De belangrijkste maatregelen hiertoe betreffen de terugbetaling van orgaantransplantatiekosten (*infra a*) en de bevordering van het orgaanaanbod (*infra b*).

a. Terugbetaling van orgaantransplantatiekosten

1) *Orgaantransplantatie in België*

1101. Een orgaantransplantatie brengt allerlei kosten mee, zoals o.a. de kosten van de orgaanwegneming en van het transport van het donororgaan, de honoraria voor verschillende consultaties, onderzoeken en complexe chirurgische prestaties, de hospitalisatiekosten, alsook de immunosuppressieve medicatie. Door dit alles is een orgaantransplantatie voor vele patiënten te duur om uit eigen vermogen te betalen. In de Verenigde Staten leidde dit ertoe dat de kandidaat-ontvangers eerst hun betalingsvermogen moeten kunnen aantonen alvorens ze door het transplantatiecentrum als patiënt worden aanvaard (het zgn. *green screen*).⁵¹⁹⁷

In België zal het betalingsvermogen van de ontvanger echter niet zo gauw een obstakel zijn. Anders dan in de Verenigde Staten⁵¹⁹⁸ heeft België immers een uitgebreid ziekteverzekeringssysteem dat ook voorziet in de terugbetaling van de meeste transplantatiekosten. Zo beschouwt artikel 34, 3°, 17° en 22° van de gecoördineerde wet van 14 juli 1994 betreffende de verplichte verzorging en uitkeringen⁵¹⁹⁹ (verkort: ZIV-wet) specialistische heelkundige verstrekkingen (waartoe orgaantransplantatie behoort), alsook het afleveren van organen overeenkomstig de Orgaantransplantatiewet en het vervoer van een in het buitenland afgenomen orgaan als ‘geneeskundige verstrekkingen’. De concrete terugbetaalbare geneeskundige verstrekkingen werden overeenkomstig artikel 35 ZIV-wet nader omschreven in het KB van 14 september 1984 tot vaststelling van de nomenclatuur van geneeskundige verstrekkingen inzake verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen.⁵²⁰⁰ Voor transplantatie is met name artikel 14, m van de bijlage bij dit KB van

⁵¹⁹⁵ J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER m.m.v. T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, 2013 (7^{de} editie), 613-616; M. VAN DAMME, *Overzicht van het grondwettelijk recht*, 2008, 451-452.

⁵¹⁹⁶ Maar zelfs deze *standstill*-verplichting is niet absoluut, aangezien achteruitgang blijkbaar wel wordt aanvaard indien deze niet betekenisvol is of ingegeven is door een dwingende reden van algemeen belang: G. MAES, o.c. in M. SANTENS (ed.), *Een rechtvaardige gezondheidszorg*, 2008, (243) 253, 256-257 en 264-265; J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER m.m.v. T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, 2013 (7^{de} editie), 613-616; M. VAN DAMME, *Overzicht van het grondwettelijk recht*, 2008, 451-452; S. LIERMAN, “Recht op gezondheidszorg” in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (283) 284 en 286; M. SAN GIORGI, *The Human Right to Equal Access to Health Care*, 2012, 40-41.

⁵¹⁹⁷ Zie: M.S. NADEL en C.A. NADEL, “Using Reciprocity To Motivate Organ Donations”, *Yale J. Health Pol’y, L. & Ethics* 2005, (293) 299-300. De kleur groen verwijst uiteraard naar de kleur van de Amerikaanse Dollar.

⁵¹⁹⁸ Behoudens voor niertransplantaties is de terugbetaling van transplantatiekosten eerder beperkt. Dit leidde reeds tot uiteenlopende rechtspraak over de vraag in hoeverre staten verplicht zijn tot dekking van deze kosten. Zie voor een overzicht: X., “Organ Donation and Transplantation” in S. SANBAR et al. (eds.), *Legal Medicine*, St. Louis, Mosby, 2004 (6^{de} ed.), (271) 285; B.J. SPIELMAN, “Acquiring and allocating human organs for transplant” in A.S. ILTIS, S.H. JOHNSON en B.A. HINZE (eds.), *Legal perspectives in bioethics*, New York, Routledge, 2008, (143) 152.

⁵¹⁹⁹ BS 27 augustus 1994.

⁵²⁰⁰ BS 29 september 1984.

belang. Dit artikel brengt namelijk het wegnemen, conserveren en transplanteren van een nier, hart, hart-longblok,⁵²⁰¹ lever, pancreas en dunne darm, alsook de voorbereiding, organisatie en coördinatie van de orgaantransplantatie (incl. de kost van inschrijving bij Eurotransplant)⁵²⁰² binnen de terugbetalingsregeling. Ook voor de meer algemene verstrekkingen in het transplantatieproces (bv. consultaties, onderzoeken, verstrekken van geneesmiddelen) is terugbetaling mogelijk.⁵²⁰³ Voor wie de normale terugbetalingsregeling niet volstaat, bestaan er nog aanvullende vergoedingsmechanismen zowel binnen het sociale zekerheidsrecht (bv. art. 57, § 1 OCMW-wet⁵²⁰⁴)⁵²⁰⁵ als daarbuiten (bv. aanvullende private verzekering of via een eventuele aansprakelijkheidsvordering ten aanzien van degene die de nood aan transplantatie heeft veroorzaakt).

1102. Onder bepaalde voorwaarden kunnen ook buitenlandse patiënten in België een orgaantransplantatie ondergaan.⁵²⁰⁶ Ook dan is terugbetaling van de kosten via een buitenlandse of Belgische ziekteverzekering, dan wel via artikel 57, § 1 OCMW-wet mogelijk. Indien de patiënt echter illegaal in België verblijft, dan is de bijstand van het OCMW beperkt tot enkel de ‘dringende medische hulp’ (art. 57, § 2, 1° OCMW-wet).⁵²⁰⁷ Deze zal zich wellicht niet uitstrekken tot niertransplantatie indien nierdialyse mogelijk is. Zo ook worden de aanvragen van illegalen tot verblijfsmachtiging met het oog op niertransplantatie op basis van artikel 9ter Vreemdelingenwet⁵²⁰⁸ (ziekte met reëel risico voor het leven of voor de fysieke integriteit) doorgaans afgewezen indien in het land van herkomst nierdialyse beschikbaar is.⁵²⁰⁹

2) *Orgaantransplantatie in het buitenland*

1103. Soms kan het zijn dat een Belgische patiënt verkiest om een orgaantransplantatie in het buitenland te ondergaan. In principe is er voor gezondheidszorg (incl. orgaantransplantatie) buiten de Belgische landsgrenzen geen recht op terugbetaling (art. 136, § 1, lid 1 ZIV-wet).

Hierop bestaan weliswaar verschillende uitzonderingen.⁵²¹⁰ Voor grensoverschrijdende gezondheidszorg in het algemeen kunnen deze uitzonderingen gezocht worden in artikel 294 GVV-besluit en eventuele bilaterale socialezekerheidsverdragen.

Voor grensoverschrijdende gezondheidszorg binnen de Europese Unie geldt een specifieke Europese terugbetalingsregeling. Enerzijds kan een beroep worden gedaan op artikel 20.2/22 Verordening 883/2004/EG,⁵²¹¹ die onder bepaalde voorwaarden recht geeft op terugbetaling via een derdebetalersregeling volgens de regels van het behandelingsland.

⁵²⁰¹ Het valt echter op dat voor longtransplantatie geen nomenclatuurcode of afzonderlijke terugbetaling bestaat. In de praktijk factureert men dit daarom als een hart-longtransplantatie.

⁵²⁰² Eurotransplant Manual, [versie 3.0., 2013], www.eurotransplant.org, nr. 1.2.6.

⁵²⁰³ Zie hiervoor hun respectievelijke nomenclatuurcodes.

⁵²⁰⁴ Organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, BS 5 augustus 1976.

⁵²⁰⁵ Zie ook: N. CEUPPENS, B. DE MARS, P. SCHOUKENS en E. DE BECKER, “De ziekteverzekering” in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume I*, 2014, (41) 87-89.

⁵²⁰⁶ Zie *infra* Afd. 2, § 2 van dit Hoofdstuk.

⁵²⁰⁷ Zie hierover: P. SCHOUKENS, o.c., T. Gez. 2005-06, (188) 190-193; I. VRANCKEN, “Dringende medische hulp” in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume I*, 2014, (443) 479.

⁵²⁰⁸ Wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, BS 31 december 1980.

⁵²⁰⁹ Zie o.a.: RvV 30 april 2015, nr. 144 676; RvV 26 februari 2015, nr. 139 431; RvV 6 juni 2014, nr. 125 256; RvV 1 april 2014, nr. 122 033; RvV 20 december 2012, nr. 94 192.

⁵²¹⁰ N. CEUPPENS, B. DE MARS, P. SCHOUKENS en E. DE BECKER, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume I*, 2014, (41) 77 e.v.

⁵²¹¹ Verordening 883/2004/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels, Pb. L. 30 april 2004, afl. 166, 1.

Anderzijds kan een beroep worden gedaan op de rechtspraak van het Hof van Justitie, die op basis van het vrij verkeer van (gezondheidszorg)diensten (art. 56 VWEU) onder bepaalde voorwaarden voorziet in een recht op terugbetaling volgens de regels van het thuisland.⁵²¹² Deze rechtspraak werd intussen gecodificeerd in Richtlijn 2011/24/EU.⁵²¹³ Hoewel artikel 1, lid 3, b) van deze richtlijn bepaalt dat ze niet van toepassing is op “*de toewijzing en de toegang tot organen ten behoeve van transplantatie*”, sluit het hiermee geenszins transplantatie als medische ingreep (en de terugbetaling ervan) van het toepassingsgebied uit. Er mag bijgevolg worden aangenomen dat Richtlijn 2011/24/EU wel degelijk ook de terugbetaling van orgaantransplantatie regelt.⁵²¹⁴

b. Bevordering van het orgaanaanbod

1104. Uit het voorgaande blijkt dat de financiële toegankelijkheid van orgaantransplantatie in België in belangrijke mate gewaarborgd wordt. Financiële toegankelijkheid is op zich echter onvoldoende. Er zijn vanzelfsprekend ook donororganen nodig. Zoals eerder aangehaald, kan uit het recht op gezondheidszorg de verplichting van de overheid tot het nemen van progressieve stappen ter bevordering van het orgaanaanbod worden afgeleid.⁵²¹⁵

De Belgische overheid bevordert reeds het orgaanaanbod door de promotie van orgaandonatie in de Orgaantransplantatiewet en haar uitvoeringsbesluiten. Belangrijke elementen daarvan zijn bv. de inrichting van de functies “lokale donorcoördinatie” en het vermoeden van toestemming bij orgaanwegneming na overlijden.⁵²¹⁶ Daarnaast promoot de overheid orgaandonatie ook via de Beldonor-campagne.⁵²¹⁷ Ondanks deze stappen is het orgaanaanbod echter nog steeds onvoldoende om aan iedereen toegang tot orgaantransplantatie te kunnen waarborgen. Hierdoor komt een ander aspect van het recht op gezondheidszorg centraal te staan, namelijk het gelijkheidsaspect.

B. Het recht op gelijke toegang tot gezondheidszorg

1105. Niettegenstaande zijn beperkte afdwingbaarheid geeft het recht op gezondheidszorg toch aanleiding tot enkele verplichtingen die wél onmiddellijke nakoming vereisen. Zo moet

⁵²¹² Zie bv. HvJ C-372/04, *Watts v. Bedford Primary Care Trust and Secretary of State for Health*, 2006. Zie voor een overzicht van deze rechtspraak: U. NEERGAARD, “EU Health Care Law in a Constitutional Light: Distribution of Competences, Notions of ‘Solidarity’, and ‘Social Europe’” in J.W. VAN DE GRONDEN *et al.* (eds.), *Health Care and EU Law*, Den Haag, Asser, 2011, (19) 25-36.

⁵²¹³ Richtlijn 2011/24/EU van 9 maart 2011 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de toepassing van de rechten van de patiënten bij grensoverschrijdende gezondheidszorg, *Pb. L.* 4 april 2011, afl. 88, 45; N. CEUPPENS, B. DE MARS, P. SCHOUKENS en E. DE BECKER, *o.c.* in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume I*, 2014, (41) 81-86; S. LIERMAN, “Rechtsbronnen en rechtsbeginselen in de gezondheidszorg” in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume I*, 2014, (3) 30; Toelichting bij voorstel voor een richtlijn, COM(2008) 414 (definitief), <http://eur-lex.europa.eu>, 2.

⁵²¹⁴ Toespraak van Commissielid Androulla Vassiliou, donderdag 23 april 2009 te Straatsburg, <http://www.europarl.europa.eu>; Commission Communication of 25 June 2009 on the action taken on opinions and resolutions adopted by Parliament at the April 2009 I and II part-sessions, <http://www.europarl.europa.eu>; Position of 3 September 2010 of the Council at first reading with a view to the adoption of a directive of the European Parliament and of the Council on the application of patients’ rights in cross-border healthcare, <http://register.consilium.europa.eu>, 6; M. PEETERS, “Richtlijn 2011/24 betreffende de toepassing van de rechten van patiënten bij grensoverschrijdende gezondheidszorg: impact op de (Belgische) gezondheidszorg”, *T. Gez.* 2011-12, (94) 96, nr. 4; S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 916. *Contra*: H. NYS en T. GOFFIN, *o.c.* in I. SAMOY, V. SAGAERT en E. TERRY (eds.), *Invloed van het Europese recht op het Belgische privaatrecht*, 2012, (367) 396-397; W. SAUTER, “Harmonisation in healthcare: the EU patients’ rights directive”, *TILEC Discussion Paper*, 2011, <http://ssrn.com>, 11.

⁵²¹⁵ Zie met name *supra* A.1. van deze paragraaf m.b.t. het EVRM, alsook: H.D.C. ROSCAM ABBING, *o.c.*, *Health Policy* 1990, (105) 107.

⁵²¹⁶ Zie respectievelijk *supra* Deel III, Hoofdstuk II, Afd. 1, § 3 en Deel V, Hoofdstuk IV.

⁵²¹⁷ Zie *supra* Deel II, Hoofdstuk I, Afd. 1, § 2, B.

steeds het *gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel* gerespecteerd worden.⁵²¹⁸ Dit maakt dus een ‘recht op gelijke toegang tot gezondheidszorg’. Voor de verhoudingen tussen burger en overheid (verticale werking) kan hiervoor met name een beroep worden gedaan op het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel vervat in artikel 14 EVRM⁵²¹⁹ en artikelen 10 en 11 GW.⁵²²⁰ Ook in de verhouding tussen burgers onderling (horizontale werking) speelt het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel. Hiervoor kan met name een beroep worden gedaan op de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie⁵²²¹ (verkort: ‘Antidiscriminatiewet’). In federale materies (zoals orgaantransplantatie)⁵²²² is deze wet van toepassing op alle personen in de overheids- en particuliere sector voorzover op basis van één van de door de wet ‘beschermde’ criteria⁵²²³ een onderscheid bestaat inzake o.a. ‘de sociale bescherming, incl. de sociale zekerheid en de gezondheidszorg’.⁵²²⁴ Het handelen van artsen en ziekenhuizen (incl. transplantatiecentra) kan dus binnen dit kader rechtstreeks worden getoetst. De Antidiscriminatiewet voorziet daartoe in een uitgebreid arsenaal van burgerrechtelijke, administratiefrechtelijke en strafrechtelijke handhavingsmiddelen.⁵²²⁵

1106. In de context van orgaantransplantatie is het recht op gelijke toegang tot gezondheidszorg van bijzonder belang. Dit heeft alles te maken met het orgaantekort. Zoals gezegd, kunnen door dit tekort niet alle kandidaat-ontvangers (even snel) geholpen worden. Een selectie van transplantatiepatiënten dringt zich op.⁵²²⁶ Dit houdt in dat de patiënten die geen orgaan ontvangen, anders zullen worden behandeld dan de patiënten die wel een orgaan toebedeeld krijgen. Kortom, ontvangerselectie is in wezen een vorm van ongelijke behandeling.⁵²²⁷ Dit maakt het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel de centrale rechtsnorm voor de beoordeling van de allocatiebeslissingen inzake orgaantransplantatie.⁵²²⁸ Ongelijke

⁵²¹⁸ COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, General Comment nr. 14 (2000), www.un.org, para. 12, 19, 30 en 43; M. SAN GIORGI, *The Human Right to Equal Access to Health Care*, 2012, 16-17, 19, 27, 28, 32, 34, 61; J.K.M. GEVERS, o.c. in H.D.C. ROSCAM ABBING en F.C.B. WIJMEN (eds.), *Wetgeving gezondheidszorg in perspectief*, 1989, (71) 72; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 149; M. VAN DAMME, *Overzicht van het grondwettelijk recht*, 2008, 451-452; J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER m.m.v. T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, 2013 (7^{de} editie), 613-616.

⁵²¹⁹ Art. 14 EVRM kan slechts worden ingeroepen in combinatie met een ander EVRM-recht, zonder dat dit andere EVRM-recht geschonden moet zijn opdat een schending van art. 14 EVRM kan worden vastgesteld. Zie: G. GOEDERTIER, o.c. in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM. Deel 2. Vol. II*, 2004, (127) 135, 138 en 142.

⁵²²⁰ Deze bronnen gaan gepaard met een sterk rechterlijk handhavingssysteem en verdienen dus de meeste aandacht. Zie daarnaast ook: art. 5 Wet Patiëntenrechten; art. E HGEU; art. 2.2. en 3 ECOSOC-Verdrag; art. 1, 2 en 7 UVRM; Preamble WHO Constitutie.

⁵²²¹ BS 30 mei 2007. Deze wet is de omzetting van Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, *Pub. L.* 2 december 2000, nr. 303.

⁵²²² Cf. *supra* Deel I, Hoofdstuk II, Afd. 1.

⁵²²³ Deze criteria zijn: leeftijd, seksuele geaardheid, burgerlijke staat, geboorte, vermogen, geloof of levensbeschouwing, politieke overtuiging, syndicale overtuiging, taal, huidige of toekomstige gezondheidstoestand, een handicap, een fysieke of genetische eigenschap en sociale afkomst (art. 3 en 4, 4^o Antidiscriminatiewet).

⁵²²⁴ Art. 5, § 1, 2^o Antidiscriminatiewet.

⁵²²⁵ Het betreft: een nietigheidssanctie t.a.v. publiek- of privaatrechtelijke bepalingen (art. 15), klachtbescherming (art. 16-17), schadevergoeding (art. 18), dwangsommen (art. 19), de mogelijkheid tot stakingsbevel (art. 20), een geldboete en gevangenisstraffen (art. 21-26), omkering van bewijslast (art. 27-28) en gespecialiseerde bijstand door o.a. het Centrum voor gelijke kansen en racismebestrijding (art. 29-31).

⁵²²⁶ T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 142 en 197; Advies nr. 60 van 27 januari 2014 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek met betrekking tot de ethische aspecten van levertransplantatie bij patiënten met acute alcoholische hepatitis (AAH) die niet op de klassieke medische behandelingen reageren, <http://www.health.belgium.be>, 24.

⁵²²⁷ Vgl. J. DE WISPELAERE en K. UVIJN, “Welk recht op gezondheid? Over moeilijke keuzen in de gezondheidszorg” in W. DEBEUCKELAERE et al. (eds.), *Ontmoetingen met Koen Raes*, Brugge, 2012, (169) 172.

⁵²²⁸ Vgl. Advies van de Raad van State en Verslag aan de Koning bij Erratum KB van 24 november 1997 betreffende het wegnemen en toewijzen van organen van menselijke oorsprong, BS 26 mei 1998, nr. 5.3; Advies van de Raad van State, *Parl. St. Kamer* 2005-06, nr. 51-2680/1, 16 en 17; Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2005-06, nr. 51-2680/1, 9; *Vr. en Antw.* Kamer 2004-05, 16 maart 2005, *Vr. nr.* 423 F. DE MAN; J. MATTHIJS, “Bedenkingen ten behoeve van een transplantatiewet”, *RW* 1971-72, (161) 165; J.K.M. GEVERS, o.c. in V.G.H.J. KIRKELS (ed.), *Transplantatie en mensbeeld*, 1992, (23) 32; H.D.C. ROSCAM ABBING, o.c. in Y. ENGLERT (ed.), *Organ and Tissue Transplantation in the European Union*, 1995, (18) 21; B. DICKENS, “Donation and

behandeling van orgaanontvangers is evenwel nog niet noodzakelijk een schending van het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel.⁵²²⁹ Dit beginsel vormt pas een beletsel voor ontvangerselectie indien het gehanteerde onderscheidingscriterium niet gerechtvaardigd kan worden. Pas dan is de ongelijke behandeling een verboden onderscheid of ‘discriminatie’.⁵²³⁰

De rechtvaardigingstoets die ingevolge het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel bij ontvangerselectie moet worden gehanteerd,⁵²³¹ verschilt enigszins qua formulering naargelang de toetsing plaatsvindt in het raam van artikel 14 EVRM, artikelen 10-11 GW, dan wel de Antidiscriminatiewet. In wezen komt deze toets echter telkens neer op eenzelfde tweeledige voorwaarde:⁵²³²

1. Enerzijds moet het gaan om een onderscheid (*in casu* tussen orgaanontvangers) dat objectief gezien⁵²³³ een *legitiem doel* dient. Wat kan doorgaan als ‘legitiem’ moet worden beoordeeld in het licht van de belangen van de democratische rechtsstaat (bv. andere fundamentele rechten en vrijheden).⁵²³⁴ In de context van orgaantransplantatie zal dit doel wellicht betrekking hebben op de bescherming van de gezondheid van andere kandidaat-ontvangers. Het doelvereiste impliceert uiteraard dat het onderscheidscriterium überhaupt relevant en adequaat is om het beoogde doel te verwezenlijken (pertinentie).
2. Anderzijds moet het gemaakte onderscheid ook redelijkerwijze *evenredig* zijn aan beoogde doel. Het onderscheid mag met andere woorden niet verder gaan dan nodig is om dit doel te bereiken. Zo zal er bv. sneller sprake zijn van disproportionaliteit indien er minder verregaande alternatieven bestaan.

transplantation of organs and tissues” in A. GRUBB (ed.), *Principles of medical law*, Oxford, Oxford University Press, 2004 (2^{de} ed), (1025) 1074-1075 en 1076 ; D.P.T. PRICE, *o.c.* in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2008, (163) 165; A.-C. SQUIFFLET, “Le cadre juridique du prélèvement et de la transplantation d’organes: choix éthiques et résultats pratiques”, *Ethica Clinica* 2011, nr. 61, (32) 39; Advies nr. 60 van 27 januari 2014 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, <http://www.health.belgium.be>, 17; Considerans 20 Richtlijn 2010/53/EU; art. 1 Transplantatieprotocol EVRM-Bio. Zie in het algemeen ook: G.R.J. DE GROOT, *o.c.*, *TvGR* 1996, (58) 62-63.

⁵²²⁹ Schijnbaar *contra*: H.J.J. LEENEN, “Selectie van patiënten; een onoplosbaar dilemma”, *TvGR* 1987, (179) 180, die ongelijke behandeling van patiënten in principe ontoelaatbaar acht.

⁵²³⁰ Vgl. art. 4, 6^o t.e.m. 9^o en art. 14 Antidiscriminatiewet; J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER m.m.v. T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, 2013 (7^{de} editie), 368; M. SAN GIORGI, *The Human Right to Equal Access to Health Care*, 2012, 66-67 en 75.

⁵²³¹ Voorafgaand aan de rechtvaardigingstoets wordt ook vaak overgegaan tot een *vergelijkbaarheidstoets*. De redenering hierachter luidt dat het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel slechts geschonden wordt indien de benadeelde categorie van personen zich in een vergelijkbare situatie bevindt met de bevoorrechte categorie. Onvergelijkbare gevallen mogen m.a.w. anders worden behandeld. Een gebrek aan vergelijkbaarheid lijkt te worden aangezien als een reden om de zaak niet verder te onderzoeken omdat de situaties dan zo verschillend zijn dat er duidelijk geen discriminatie zal kunnen worden bewezen. In dat opzicht is de vergelijkbaarheidstoets in wezen moeilijk te onderscheiden van de rechtvaardigingstoets en zal hij hier buiten beschouwing blijven. Ook in sommige rechtspraak komt de vergelijkbaarheidstoets nauwelijks aan bod. Zie hierover: G. GOEDERTIER, “Artikel 14 – Verbod van discriminatie” in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM. Deel 2.Vol. II*, 2004, (127) 153, 161-162 en 165-166; J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER m.m.v. T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, 2013 (7^{de} editie), 335-341. Vgl. i.v.m. de Antidiscriminatiewet: C. BAYART en C. DEITEREN, “Direct en indirect onderscheid” in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten*, 2008, (171) 174, 181-182 en 184. e.v.

⁵²³² Zie hierover: EHRM, *Pentiacova and 48 others v. Moldova*, 2005, <http://hudoc.echr.coe.int> (m.b.t. toegang tot nierdialyse); G. GOEDERTIER, *o.c.* in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM. Deel 2.Vol. II*, 2004, (127) 144-184; J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER m.m.v. T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, 2013 (7^{de} editie), 341-345; M. VAN DAMME, *Overzicht van het grondwettelijk recht*, 2008, 362-363; M. SAN GIORGI, *The Human Right to Equal Access to Health Care*, 2012, 66-67, 75, 127 en 154 en 182-183; S. SOTTIAUX, “De rechtvaardigingsgronden in het federale discriminatierecht” in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten*, 2008, (227) 230 en 237 e.v.; art. 7 en 9 Antidiscriminatiewet.

⁵²³³ D.w.z. dat het onderscheidscriterium moet steunen op een feitelijke, vanzelfsprekende vaststelling die niet afhangt van een persoonlijke appreciatie (J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER m.m.v. T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, 2013 (7^{de} editie), 342).

⁵²³⁴ In het raam van de Antidiscriminatiewet zal deze beoordeling niet moeten worden gemaakt indien het gemaakte onderscheid wordt opgelegd door of krachtens een wet. In dergelijk geval sluit art. 11, § 1 Antidiscriminatiewet discriminatie immers uit. Uiteraard moet de onderscheidende wet op zich nog wel stroken met art. 14 EVRM en art. 10-11 GW.

De vraag rijst nu welke ontvangersselectiecriteria deze rechtvaardigingstoets kunnen doorstaan. Deze problematiek vormt de crux van de rest van dit hoofdstuk. Meteen moet echter duidelijk worden gemaakt dat het niet mogelijk is om binnen het bestek van dit proefschrift de vele denkbare criteria voor ontvangersselectie allemaal even uitgebreid te evalueren. De bespreking zal zich hoofdzakelijk richten op de bestaande wettelijke criteria. Niettemin zal hieronder eerst aandacht worden besteed aan de algemene basisprincipes waarop kan worden teruggevallen bij de rechtvaardigingstoetsing van eender welk selectie criterium.

§ 2. BASISPRINCIPES VAN ONTVANGERSELECTIE

1107. Frequent wordt als basisregel voorgehouden dat de ontvangersselectie moet berusten op ‘medische’ selectiecriteria.⁵²³⁵ Ook bij Eurotransplant, de organisatie die instaat voor ontvangersselectie in België,⁵²³⁶ wordt de nadruk veelal op medische criteria gelegd.⁵²³⁷ Zoals hierna nog zal blijken, zijn inderdaad verschillende medische criteria aanvaardbaar. Nochtans volstaat m.i. het medisch karakter van een criterium op zich niet als rechtvaardigingsgrond. Achter ieder selectie criterium, inclusief een medisch criterium, gaat immers een waardeoordeel schuil.⁵²³⁸ Het is dit waardeoordeel dat zal bepalen of een criterium – in termen van het non-discriminatiebeginsel – een evenredig en pertinent middel ter bevordering van een legitiem doel uitmaakt.

In de zoektocht naar dergelijke richtinggevende waardeoordelen kan te rade gegaan worden bij de leer van de distributieve rechtvaardigheid, d.i. het domein van de ethiek dat zich bezighoudt met de rechtvaardige verdeling van middelen en aanspraken.⁵²³⁹ Er bestaan verschillende opvattingen over distributieve rechtvaardigheid. Specifiek voor de selectie van

⁵²³⁵ Art. 3, lid 2 Transplantatieprotocol EVRM-Bio; Third Conference of European Health Ministers on Organ Transplantation, Parijs 16-17 November 1987, *VI. T. Gez.* 1987-88, (284) 287, nr. 18; Recommendation Rec(2001)5 of 7 march 2001 of the Committee of Ministers to member states on the management of organ transplant waiting lists and waiting times, <http://www.coe.int>, nrs. 1 en 5; Resolutie van het Europees Parlement van 22 april 2008 over orgaandonatie en –transplantatie: beleidsmaatregelen op EU-niveau (2007/2210(INI)), *Ph. C.* 29 oktober 2009, afl. 259, 4; Opinion 2.03 – Allocation of Limited Medical Resources, AMA Code of Medical Ethics, <http://www.ama-assn.org>; H.D.C. ROSCAM ABBING, “Organ donation, the legal framework”, *Health Policy* 1990, (105) 110; J.K.M. GEVERS, “Transplantatiegeneeskunde en recht” in V.G.H.J. KIRKELS (ed.), *Transplantatie en mensbeeld*, Baarn, Ambo, 1992, (23) 32; R. JARVIS, “Join the club: a modest proposal to increase availability of donor organs”, *J. Med. Ethics* 1995, (199) 200; G.R.J. DE GROOT, “Wachlijsten in de gezondheidszorg”, *TvGR* 1996, (58) 64; Memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, 22.358, 10, nr. 3; D. THOUVENIN, “L’organisation de l’activité de transplantation d’organes par les règles juridiques” in R. CARVAIS en M. SASPORTES (eds.), *La greffe humaine*, Parijs, Presses universitaires de France, 2000, (643) 659; R.D. FRIELE *et al.*, *Derde evaluatie Wet op de orgaandonatie*, Den Haag, ZonMw, 2006, 117; S. GEVERS, “A Fair Distribution of Organs for Transplantation Purposes: Looking to the Past and the Future”, *EJHL* 2007, (215) 215-216 en 219; P. SCHOTSMANS, *Handboek medisch ethiek*, Leuven, LannooCampus, 2008, 163; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, 18; 42 USC § 274(b)(2)(A)(ii) en (B).

⁵²³⁶ Zie reeds *supra* Deel III, Hoofdstuk II, Afd. 1, § 5.

⁵²³⁷ Eurotransplant Manual, [versie 3.0., 2013], www.eurotransplant.org, nrs. 1.3.1., 1.3.2., 1.3.3. (Joint Declaration) en 1.5.1.3 (Articles of Association). Zie echter meer genuanceerd, met aandacht voor ‘medische’ én ‘ethische’ criteria: Eurotransplant Manual, [versie 3.0., 2013], www.eurotransplant.org, nr. 1.2.1. en J. DE MEESTER, “Wachten op een niertransplantatie – Deel 2”, *Orpadt forum*, jaargang 3, 1.

⁵²³⁸ Vgl. G. PERSAD, A. WERTHEIMER en E.J. EMANUEL, “Principles for allocation of scarce medical interventions”, *The Lancet* 2009, (423) 423; H.J.J. LEENEN, “Selectie van patiënten bij schaarse medische mogelijkheden”, *TvGR* 1980, (243) 250; A.E. KAUFFMANN, “To what Extent should the Concept of “Equity in Organ Allocation” be Defined?” in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2011, (171) 174; R. MARGREITER, “Should Urgent Medical Need Be Used as an Allocation Factor for Liver Allografts?” in W. LAND en J.B. DOSSETOR (eds.), *Organ Replacement Therapy*, 1991, (440) 441; D. RICHARDS, “The Defibrillation of NOTA: How Establishing Federal Regulation of Waitlist Eligibility May Save Organ Transplant Patients With Disabilities from Flat-lining”, *S. Cal. L. Rev.* 2013, (151) 157-158.

⁵²³⁹ T.L. BEAUCHAMP en J.F. CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, 2001 (5de ed.), 226; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 180; S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 866; B. SINDIC, “De la capacité du mineur en matière de prélèvement et de transplantation d’organes”, *Ann. Dr. Louvain* 2002, (225) 240.

orgaanontvangers kunnen hieruit m.i. drie richtinggevende ethische basisprincipes gedistilleerd worden.⁵²⁴⁰ Deze principes worden hieronder uiteengezet.

A. De drie basisprincipes

1. Het principe van billijkheid

1108. Het eerste basisprincipe wordt in de literatuur vaak aangeduid met de begrippen ‘rechtvaardigheid’ (*justice*), ‘billijkheid’ (*equity/equité*) en/of eerlijkheid (*fairness*).⁵²⁴¹ Wat doorgaans onder deze eerder vage terminologie wordt bedoeld, kan men nog het best omschrijven als de notie van ‘gelijkwaardigheid’. Het betreft met andere woorden een ‘egalitaire’ interpretatie van rechtvaardigheid.⁵²⁴² Een klemtoon op gelijkwaardigheid kent *grosso modo* twee verschijningsvormen: de formele gelijkheid en de materiële gelijkheid.⁵²⁴³

Onder de notie van formele gelijkheid (of ‘formele rechtvaardigheid’) wordt de gelijkwaardigheid van personen zo ingevuld dat eenieder strikt gelijk moet worden behandeld zonder de specifieke situatie van deze personen in rekening te brengen. Deze invulling sluit nog het dichtst aan bij het uitgangspunt van het juridische gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel.⁵²⁴⁴ Binnen deze formele opvatting passen met name de selectiecriteria die afhangen van willekeur⁵²⁴⁵ of toeval (m.a.w. los van de specificiteit van de patiënt), zoals bv. het loterij- of het *first come, first served*-criterium.⁵²⁴⁶

Onder de notie van materiële gelijkheid (of ‘materiële rechtvaardigheid’) wordt de gelijkwaardigheid zodanig ingevuld dat bepaalde feitelijke ongelijkheden tussen personen

⁵²⁴⁰ Vgl. THE UNOS ETHICS COMMITTEE, “General Principles for Allocating Human Organs and Tissues”, *Transpl. Proc.* 1992, (2227) 2227; D. VAN RAEMDONCK en J. SMITS, “Allocatie van donororganen in tijden van schaarste”, *T. Gen.* 2015, (180) 183.

⁵²⁴¹ Zie o.a.: T.L. BEAUCHAMP en J.F. CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, 2001 (5de ed.), 226; G.J. ANNAS, “The Prostitute, the Playboy, and the Poet: Rationing Schemes for Organ Transplantation”, *Am. J. Pub. Health* 1985, (187) 188; THE UNOS ETHICS COMMITTEE, o.c., *Transpl. Proc.* 1992, (2227) 2228; N. NEFUSSY-LEROY, *Organes humains: prélèvements, dons, transplantations*, Parijs, ESKA, 1999, 183; D.P.T. PRICE, o.c. in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2008, (163) 166; B. DESSCHANS *et al.*, “Evolution in Allocation Rules for Renal, Hepatic, Pancreatic and Intestinal Grafts”, *Acta Chir. Belg.* 2008, (31) 34 ; D. VAN RAEMDONCK en J. SMITS, o.c., *T. Gen.* 2015, (180) 183; A. BONDOLFI, “Éthique et greffes d’organes: quelques considérations” in M.-J. THIEL (ed.), *Donner, recevoir un organe: droit, dû, devoir*, Straatsburg, Presses universitaires de Strasbourg, 2009, (351) 360 ; S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 868-869; KONING BOUDEWIJN STICHTING, *Justice and solidarity in priority setting in healthcare*, 2013, www.kbs-frb.be, 92 e.v.; Art. 3 EVRM-Bio en Memorie van toelichting EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 25; Art. 3, lid 1 Transplantatieprotocol EVRM-Bio en Memorie van toelichting Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 36; WHO Guiding Principles on Human Organ Transplantation (1991), guiding principle 9; Aanhef Nederlandse Wet op de Orgaandonatie en Memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, 22.358, 5, nr. 2; art. L1231-1 B Franse Code de la santé publique ; 42 USC § 273(b)(1)(F) en (b)(3)(E) en 42 USC § 274(b)(2)(D).

⁵²⁴² Vgl. T.L. BEAUCHAMP en J.F. CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, 2001 (5de ed.), 233 e.v.; D.P.T. PRICE, o.c. in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2008, (163) 166; Advies nr. 58 van 27 januari 2014 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek over de problematiek van financiering van dure geneesmiddelen, <http://www.health.belgium.be>, 29-30 en 35.

⁵²⁴³ Zie hierover algemeen: M. SAN GIORGI, *The Human Right to Equal Access to Health Care*, 2012, 65-66, 68-70 en 74-75; S. SMIS, C. JANSSENS, S. MIRGAUX en K. VAN LAETHEM, *Handboek mensenrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 523-525; T.L. BEAUCHAMP en J.F. CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, 2001 (5de ed.), 227-228; V. DEPADT-SEBAG, “Accès équitable aux soins de santé” in H. GROS ESPIELL, J. MICHAUD en G. TEBOUL (eds.), *Convention sur les droits de l’homme et la biomédecine*, 2010, (72) 79 e.v. Zie specifiek m.b.t. orgaantransplantatie: J.F. CHILDRESS, “Ethical Criteria for Procuring and Distributing Organs for Transplantation” in J.F. BLUMSTEIN en F.A. SLOAN (eds.), *Organ transplantation policy: issues and prospects*, Durham, Duke University Press, 1989, (87) 103; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 149-152 ; N. NEFUSSY-LEROY, *Organes humains*, 1999, 184; R.D. FRIELE *et al.*, *Derde evaluatie Wet op de orgaandonatie*, 2006, 116.

⁵²⁴⁴ Zo wordt aanvaard dat art. 10-11 GW de wetgever op zich niet verplichten tot het wegwerken van feitelijke ongelijkheden: G. GOEDERTIER, o.c. in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM. Deel 2. Vol. II*, 2004, (127) 135 en 145 ; J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER m.m.v. T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, 2013 (7^{de} editie), 331; M. VAN DAMME, *Overzicht van het grondwettelijk recht*, 2008, 362.

⁵²⁴⁵ Zo wordt immers vermeden dat een keuze moet worden gemaakt tussen gelijkwaardig geachte personen. Vgl. S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 869-870.

⁵²⁴⁶ Zie uitbreider *infra* Afd. 3, § 2, D van dit Hoofdstuk.

gecompenseerd moeten worden om de onverdiend benadeelde personen alsnog gelijke kansen te geven (een zgn. *fair equality of opportunity*⁵²⁴⁷ of *prioritarianisme*⁵²⁴⁸). Hierbij wordt dus wél naar de specifieke behoefte van de patiënt gekeken. Degenen die het slechtste af zijn en dus een grotere nood hebben, moeten ook meer krijgen. Deze opvatting vindt steun bij de juridische figuur van ‘positieve discriminatie’ of ‘positieve actie’, die als een rechtvaardigbare vorm van ongelijke behandeling aanvaard wordt.⁵²⁴⁹ Één van de bekendste voorbeelden van een selectiecriteria dat deze visie vertolkt, betreft de voorrang op basis van medische urgentie.⁵²⁵⁰

De overwegende tendens is om zo veel mogelijk de materiële notie van gelijkheid/rechtvaardigheid te na te streven. Hierna zal voor deze notie telkens de voorkeur worden gegeven aan de term ‘billijkheid’. Dit sluit aan bij het gevestigde taalgebruik in de wetenschappelijke literatuur en zal minder snel leiden tot verwarring dan bij het gelaagde begrip ‘rechtvaardigheid’.

2. Het principe van utiliteit

1109. Een tweede basisprincipe staat bekend onder de begrippen ‘utiliteit’ (*utility/utilité*) of ‘efficiëntie’/‘doelmatigheid’⁵²⁵¹ (*efficiency/efficacité*). Volgens dit basisprincipe is een selectiecriteria aanvaardbaar indien het strekt tot maximalisatie van de voordelen.⁵²⁵² Het betreft met andere woorden een ‘utilitaristische’ interpretatie van rechtvaardigheid.⁵²⁵³ In een context van schaarse middelen (*in casu* organen) zorgt de klemtoon op utiliteit ervoor dat verspilling zoveel mogelijk vermeden wordt.⁵²⁵⁴ Dit sluit m.i. aan bij de *ratio legis* van de Orgaantransplantatiewet, die in belangrijke mate gericht is op het terugdringen van het orgaantekort.⁵²⁵⁵ Er kan hierbij een verder onderscheid worden gemaakt tussen medische utiliteit en sociale utiliteit.⁵²⁵⁶

⁵²⁴⁷ T.L. BEAUCHAMP en J.F. CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, 2001 (5de ed.), 233-236; KONING BOUDEWIJN STICHTING, *Justice and solidarity in priority setting in healthcare*, 2013, www.kbs-frb.be, 93 ; Advies nr. 58 van 27 januari 2014 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, <http://www.health.belgium.be>, 35-36.

⁵²⁴⁸ G. PERSAD, A. WERTHEIMER en E.J. EMANUEL, o.c., *The Lancet* 2009, (423) 424; S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 872; D.P.T. PRICE, o.c. in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2008, (163) 168-169.

⁵²⁴⁹ Opdat positieve discriminatie/actie in het licht van het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel gerechtvaardigd kan zijn, worden vaak specifieke voorwaarden gesteld. Bij nader inzien vormen deze voorwaarden evenwel slechts een concretisering van de algemene rechtvaardigingstoets (legitiem doel en evenredigheid). Zie: art. 4, 11° en art. 10 Antidiscriminatiewet; S. SOTTIAUX, o.c. in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten*, 2008, (227) 247; M. DE VOS, “Positieve actie en positieve discriminatie in het Europese en Belgische discriminatierecht” in C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten*, 2008, (297) 300-304, 322 en 324; J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER m.m.v. T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, 2013 (7de editie), 346-347; G. GOEDERTIER, o.c. in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM. Deel 2.Vol. II*, 2004, (127) 151-152.

⁵²⁵⁰ Zie uitgebreider *infra* Afd. 3, § 2, C van dit Hoofdstuk.

⁵²⁵¹ Zie expliciet art. 25, lid 2 Nederlandse WOD.

⁵²⁵² J.B. DOSSETOR, “Principles Used in Organ Allocation” in W. LAND en J.B. DOSSETOR (eds.), *Organ Replacement Therapy*, 1991, (393) 395; THE UNOS ETHICS COMMITTEE, o.c., *Transpl. Proc.* 1992, (2227) 2227; J. MICHAUD, “Principes et objectifs des règles de répartition du greffon” in R. CARVAIS en M. SASPORTES (eds.), *La greffe humaine*, Parijs, Presses universitaires de France, 2000, (743) 745 ; G. PERSAD, A. WERTHEIMER en E.J. EMANUEL, o.c., *The Lancet* 2009, (423) 425; S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 875 ; Memorie van toelichting Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 36.

⁵²⁵³ T.L. BEAUCHAMP en J.F. CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, 2001 (5de ed.), 231 (maar zie p. 262, waar ‘utility’ en ‘justice’ tegenover elkaar worden geplaatst); Advies nr. 58 van 27 januari 2014 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, <http://www.health.belgium.be>, 33; H.J.J. LEENEN, o.c., *TvGR* 1984, (53) 60-61.

⁵²⁵⁴ Vgl. T.L. BEAUCHAMP en J.F. CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, 2001 (5de ed.), 266 en 267; H.J.J. LEENEN, o.c., *TvGR* 1980, (243) 256; R.D. FRIELE *et al.*, *Derde evaluatie Wet op de orgaandonatie*, 2006, 166.

⁵²⁵⁵ Zie *supra* Deel II, Hoofdstuk I, Afd. 1, § 1. Daarnaast kan dit ook worden afgeleid uit het feit dat art. 13bis, § 2 Orgaantransplantatiewet enkele (medisch-)utilitaristische selectiecriteria voorop stelt (zie met name *infra* Afd. 3, § 2, A en E van dit Hoofdstuk).

⁵²⁵⁶ T.L. BEAUCHAMP en J.F. CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, 2001 (5de ed.), 266; E.S. JAFFE, J.M. HERRE en J.H. CARSON, “Eliminating Artificial Barriers to the Equitable Distribution of Hearts for Transplantation”, *J. Corp. L.* 1994-95, (109) 117-118. Zie in die zin ook: Advies nr. 60 van 27 januari 2014 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, <http://www.health.belgium.be>, 24.

Medische utiliteit veronderstelt het maximaliseren van de voordelen voor de gezondheid van de transplantatiepatiënt. Organen moeten m.a.w. worden toegewezen aan de ontvangers bij wie de transplantatie de beste resultaten in termen van medisch succes zal opleveren.⁵²⁵⁷ Selectiecriteria die gebaseerd zijn op medische utiliteit, zijn bv. het aantal levens gered, het aantal gewonnen levensjaren (al dan niet gemeten via QALY's⁵²⁵⁸), het aantal jaren van transplantaatoverleving, de compatibiliteit tussen donor en ontvanger⁵²⁵⁹ en het psychologisch welzijn.⁵²⁶⁰ Zoals al gezegd, worden dergelijke medische criteria vaak beschouwd als de selectiecriteria bij uitstek. Toch blijft een kritische blik vereist, aangezien sommige medische criteria niet zo eenvoudig te meten zijn en dus niet steeds een betrouwbare voorspelling van de toekomstige resultaten toelaten.⁵²⁶¹

Sociale utiliteit veronderstelt het maximaliseren van de voordelen voor de familiale en/of ruimere gemeenschap. Organen moeten m.a.w. worden toegewezen aan de ontvangers wiens handelingen het grootste nut voor deze gemeenschap opleveren.⁵²⁶² Dit nut kan al dan niet transplantatiegerelateerd zijn. Selectiecriteria die berusten op een transplantatiegerelateerde sociale utiliteit zijn bv. de donorstatus van de ontvanger (voorrang op basis van een wederkerigheidsprincipe) of de perceptie van het publiek (wiens vertrouwen vereist is voor de donatiebereidheid en dus voor de instandhouding van het orgaanaanbod)⁵²⁶³. Selectiecriteria waarbij men zich beroept op een niet-transplantatiegerelateerde sociale utiliteit zijn bv. familiale verantwoordelijkheid (voorrang voor een alleenstaande moeder met drie

⁵²⁵⁷ Bv. W. DREESSEN, "Orgaantransplantatie en mensenrechten", *Jura Falc.* 1984-85, (500) 525; J.K.M. GEVERS, o.c. in V.G.H.J. KIRKELS (ed.), *Transplantatie en mensbeeld*, 1992, (23) 32; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 175; N. NEFUSSY-LEROY, *Organes humains*, 1999, 180; Advies nr. 60 van 27 januari 2014 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, <http://www.health.belgium.be>, 26.

⁵²⁵⁸ Het concept van 'Quality Adjusted Life Years' of QALY's is een maatstaf voor de gewonnen kwantiteit én kwaliteit van het leven na de ingreep. Cf. KONING BOUDEWIJN STICHTING, *Justice and solidarity in priority setting in healthcare*, 2013, www.kbs-frb.be, 13 en 158.

⁵²⁵⁹ Zie uitgebreider *infra* Afd. 3, § 2, A van dit Hoofdstuk.

⁵²⁶⁰ Vgl. THE UNOS ETHICS COMMITTEE, o.c., *Transpl. Proc.* 1992, (2227) 2227; D. STEINBERG, "The Allocation of Organs Donated by Altruistic Strangers", *Ann. Intern. Med.* 2006, (197) 198; D. VAN RAEMDONCK en J. SMITS, o.c., *T. Gen.* 2015, (180) 183.

⁵²⁶¹ Vgl. H.A. HUYSMANS, "Patiëntselectie bij beperkte middelen. Ervaringen uit de dagelijkse praktijk", *TvGR* 1987, (172) 173-174 en 176; H.D.C. ROSCAM ABBING, o.c., *Health Policy* 1990, (105) 111; R.H. BLANK, *Rationing Medicine*, 1988, 113-114 en 115; J.B. DOSSETOR, o.c. in W. LAND en J.B. DOSSETOR (eds.), *Organ Replacement Therapy*, 1991, (393) 395; R.J. DEVETTERE, *Practical decision making in health care ethics*, Washington, Georgetown University Press, 2000, 527; A.E. KAUFFMANN, o.c. in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2011, (171) 174. Zie specifiek m.b.t. QALY's: S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 890; G. PERSAD, A. WERTHEIMER en E.J. EMANUEL, o.c., *The Lancet* 2009, (423) 428. J.K. MASON, G.T. LAURIE en M. AZIZ, *Law and medical ethics*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 432-433.

⁵²⁶² T.L. BEAUCHAMP en J.F. CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, 2001 (5de ed.), 266; S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 879; R.J. DEVETTERE, *Practical decision making in health care ethics*, 2000, 526-527.

⁵²⁶³ Zie voor enkele specifieke toepassingen in combinatie met andere criteria: *infra* Afd. 2, § 2, B.2. van dit Hoofdstuk, alsook Afd. 3, § 2, B en D en § 3, B.2. en C.2. van dit Hoofdstuk. Zie algemeen: A.B. SHAW, "In Defence of Ageism" in H. KUHSE en P. SINGER (eds.), *Bioethics: an anthology*, Oxford, Blackwell, 1999, (374) 377; A. CAPLAN et al., *Trafficking in organs, tissues and cells and trafficking in human beings for the purpose of the removal of organs*, Joint Council of Europe/United Nations study, 2009, www.coe.int, 30; P. DYER en S. MCGUINNESS, "The allocation of organs: the need for fairness and transparency" in A.-M. FARRELL, D. PRICE en M. QUIGLEY (eds.), *Organ shortage: ethics, law, and pragmatism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, (122) 130 en 135; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 18, 444-445 en 483; L. CAPITAINE, *Financial and commodity scarcity in health care*, 2014, 34 en 149; A. TIBELL, "The Transplantation Society Statement on Directed and Conditional Donation", *Transplantation* 2008, (1538) 1538; J.F. CHILDRESS, in J.F. BLUMSTEIN en F.A. SLOAN (eds.), *Organ transplantation policy*, 1989, (87) 90, 102, 109 en 110; X., "Organ Donation and Transplantation" in S. SANBAR et al. (eds.), *Legal Medicine*, St. Louis, Mosby, 2004 (6de ed.), (271) 283; W. KOKKEDEE, *Het tekort aan postmortale orgaandonaties: oorzaken en oplossingen in juridisch perspectief*, Arnhem, Gouda Quint, 1992, 213 en 304.

kinderen e.d.), strafrechtelijke veroordeling,⁵²⁶⁴ politieke invloed of intelligentie.⁵²⁶⁵ Sociale utiliteitscriteria worden doorgaans afgewezen omdat ze vaak niet op een objectief oordeel berusten en dus willekeur in de hand werken.⁵²⁶⁶ Toch kunnen dergelijke criteria aanvaardbaar zijn voor zover ze ook een indicator voor medische utiliteit vormen.⁵²⁶⁷ Bovendien zijn er uitzonderlijke gevallen denkbaar waarin het sociale nut wel objectief kan worden vastgesteld.⁵²⁶⁸

3. Het principe van autonomie

1110. Bij het derde basisprincipe staat autonomie centraal. Volgens deze benadering is een selectie criterium aanvaardbaar indien dit individuele vrijheid en autonome beslissingen respecteert.⁵²⁶⁹ Het betreft met andere woorden een ‘libertaire’ interpretatie van rechtvaardigheid.⁵²⁷⁰ Dit sluit op juridisch vlak aan bij het algemeen erkende en al veelvuldig genoemde zelfbepalingsrecht.⁵²⁷¹

Langs de ontvangerzijde leidt het autonomieprincipe tot criteria zoals bv. het vereiste van voorafgaande geïnformeerde toestemming van de ontvanger⁵²⁷² of het respect voor bepaalde sociaal onnuttige levensstijlkeuzes⁵²⁷³. Langs de donorzijde steunt het autonomieprincipe m.n. ontvangerkeuzes overeenkomstig de wil van de donor (zgn. ‘gerichte donatie’).⁵²⁷⁴ Langs de zijde van artsen en transplantatiecentra steunt het autonomieprincipe dan weer ontvangerkeuzes volgens hun medisch-ethisch goeddunken (zgn. ‘centrumgeoriënteerde allocatie’).⁵²⁷⁵ Ook orgaanallocatie volgens een vrije marktwerking zou kunnen passen binnen dit autonomiedenken, maar moet krachtens het non-

⁵²⁶⁴ Zie met name de opvallende hoeveelheid Amerikaanse rechtspraak omtrent het ontzeggen van toegang tot orgaantransplantatie aan gedetineerden: *DeCarlo v. United States of America*, 2002 WL 31499281 (US Distr. C. Penn.); *Candelaria v. Baker*, 2005 WL 857067 (US Distr. C. NY); *Rosado v. Alameida*, 349 F.Supp.2d 1340 (U.S. Distr. C. Cali., 2004); *Rosado v. Alameida*, 497 F.Supp.2d 1179 (U.S. Distr. C. Cal. 2007); *Van Over v. DeWalt*, 2007 WL 956670 (U.S. Distr. C. Ky); *Pinkley v. Anderson*, 2007 WL 2744549 (US Distr. C. Minn.); *Miller v. Bannister*, 2011 WL 666106 (U.S. Distr. C. Nev.); *Garcia v. Grondolsky*, 2013 WL 1336836 (U.S. Distr. C. Mass.); *New v. Shelton*, 2015 WL 4716020 (US Distr. C. Or.). Zie ook: K. DOUGLAS, “Prison Inmates Are Constitutionally Entitled to Organ Transplants – So Now What?”, *St. Louis U. L.J.* 2005, 539-569; OPTN/UNOS Ethics Committee Position Statement Regarding Convicted Criminals and Transplant Evaluation, <http://optn.transplant.hrsa.gov>.

⁵²⁶⁵ Vgl. o.a.: Memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, 22.358, 29 en 44; P. DE CRUZ, *Comparative healthcare law*, Londen, Cavendish, 2001, 582; S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 879.

⁵²⁶⁶ Vgl. G.J. ANNAS, o.c., *Am. J. Pub. Health* 1985, (187) 189; R.M. VEATCH, “Who Empowers Medical Doctors to Make Allocative Decisions For Dialysis and Organ Transplantation?” in W. LAND en J.B. DOSSETOR (eds.), *Organ Replacement Therapy*, 1991, (331) 332-334 en 335; THE UNOS ETHICS COMMITTEE, o.c., *Transpl. Proc.* 1992, (2227) 2228; M.F. ANDERSON, “The Future of Organ Transplantation: From Where Will New Donors Come, to Whom Will Their Organs Go?”, *Health Matrix* 1995, vol. 5, (249) 308-309; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 167; T.L. BEAUCHAMP en J.F. CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, 2001 (5de ed.), 266.

⁵²⁶⁷ J.K.M. GEVERS, o.c. in H.D.C. ROSCAM ABBING en F.C.B. WIJMEN (eds.), *Wetgeving gezondheidszorg in perspectief*, 1989, (71) 73; G.R.J. DE GROOT, o.c., *TvGR* 1996, (58) 65-66. Zie voor enkele specifieke toepassingen *infra* Afd. 2, § 3, C van dit Hoofdstuk.

⁵²⁶⁸ T.L. BEAUCHAMP en J.F. CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, 2001 (5de ed.), 270-271; H.J.J. LEENEN, o.c., *TvGR* 1980, (243) 252-253; M.F. ANDERSON, o.c., *Health Matrix* 1995, vol. 5, (249) 308-309; S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 880.

⁵²⁶⁹ THE UNOS ETHICS COMMITTEE, o.c., *Transpl. Proc.* 1992, (2227) 2229; J. COOPER, “Dissecting the Heart of Organ Allocation Policy: Evaluating the Eastern District of Pennsylvania’s Grant of Life in Murnaghan v. U.S. Department of Health and Human Services”, *Vill. L. Rev.* 2014, (269) 283-284.

⁵²⁷⁰ Vgl. T.L. BEAUCHAMP en J.F. CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, 2001 (5de ed.), 231-232; Advies nr. 58 van 27 januari 2014 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, <http://www.health.belgium.be>, 32.

⁵²⁷¹ Zie o.a. *supra* Deel IV, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, C en Deel V, Hoofdstuk II, Afd. 2. Zie ook: D. VAN RAEMDONCK en J. SMITS, o.c., *T. Gen.* 2015, (180) 183.

⁵²⁷² Zie uitgebreider *infra* Afd. 2, § 4 van dit Hoofdstuk.

⁵²⁷³ Zie bv. *infra* Afd. 2, § 3, C.2.a. van dit Hoofdstuk, over alcoholmisbruik.

⁵²⁷⁴ Zie uitgebreider *infra* Afd. 3, § 3 van dit Hoofdstuk.

⁵²⁷⁵ Zie *infra* Afd. 3, § 1, D van dit Hoofdstuk.

commercialiteitsprincipe (cf. onder meer art. 4 Orgaantransplantatiewet) meteen worden uitgesloten.⁵²⁷⁶

B. Implementatie van de drie basisprincipes

1111. Hierboven werden niet één maar wel drie verschillende basisprincipes geïdentificeerd. Opdat ze in de praktijk kunnen worden geïmplementeerd, zullen ze dus moeten worden gecombineerd in een zgn. ‘allocatiesysteem’.⁵²⁷⁷ Dit moet gebeuren aan de hand van concrete ontvangerselectiecriteria, wat geen sinecure is. Hierboven is immers duidelijk gebleken dat elk van de drie basisprincipes kan uitmonden in verschillende selectiecriteria. Indien zo’n selectie criterium op evenredige wijze voldoet aan alledrie de principes (‘volledige distributieve rechtvaardigheid’), dan zal dit criterium in principe glansrijk de rechtvaardigingstoets van het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel doorstaan. Volledige distributieve rechtvaardigheid zal echter zelden het geval zijn. Meestal zal een selectie criterium slechts aan één of twee van de drie basisprincipes voldoen. Er zullen dus conflicten tussen de basisprincipes ontstaan.⁵²⁷⁸ Om deze inhoudelijke conflicten op te lossen, zal in het allocatiesysteem een zekere hiërarchie tussen de conflicterende basisprincipes en hun corresponderende selectiecriteria moeten worden uitgewerkt.⁵²⁷⁹ Dit komt uiteindelijk neer op een waardeoordeel dat kan verschillen naargelang de geldende maatschappijvisie.

Het gebruik van conflictregels neemt echter niet weg dat een allocatiesysteem dat over de gehele lijn volledige distributieve rechtvaardigheid bereikt, voorlopig niet realiseerbaar lijkt. “*In the final analysis, there is no perfect allocation system that does justice to all considerations and that guarantees fairness in every individual case*”, zo besloot ook S. Gevers.⁵²⁸⁰ Om dit inhoudelijke manco enigszins te compenseren, wordt in de literatuur terecht gewezen op het (aanvullende) belang van ‘procedurele rechtvaardigheid’. Enerzijds vereist dit dat het allocatiesysteem op alle kandidaat-ontvangers op consistente en gelijke wijze wordt toegepast.⁵²⁸¹ Dit sluit aan bij de egalitaire interpretatie van rechtvaardigheid.⁵²⁸² Anderzijds vereist procedurele rechtvaardigheid dat het allocatiesysteem transparant en dus publiekelijk controleerbaar is, alsook het publiek zo mogelijk betreft bij haar totstandkoming en

⁵²⁷⁶ Hiervoor bestaan zowel utiliteits- als billijkheidsargumenten. Cf. al *supra* Deel III, Hoofdstuk I, Afd. 1, § 2 over de grondslagen van het non-commercialiteitsprincipe. Zie ook *contra* betaling(svermogen) als allocatiecriterium: Principe 3 Verklaring van Istanbul (2008); W. LAND en J.B. DOSSETOR (eds.), *Organ Replacement Therapy*, 1991, 556; THE UNOS ETHICS COMMITTEE, o.c., *Transpl. Proc.* 1992, (2227) 2233-2234; R. JARVIS, o.c., *J. Med. Ethics* 1995, (199) 201; S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 867; Advies nr. 60 van 27 januari 2014 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, <http://www.health.belgium.be>, 18; Commentary on Principle 9, WHO Guiding Principles on Human Cell, Tissue and Organ Transplantation (2010), <http://www.who.int>; Ethical Charter for Eurotransplant International Foundation (2011), www.eurotransplant.org; Eurotransplant Newsletter nr. 223, www.eurotransplant.org, 14.

⁵²⁷⁷ S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 869 en 885; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 153 en 170; G. PERSAD, A. WERTHEIMER en E.J. EMANUEL, o.c., *The Lancet* 2009, (423) 423, 426 en 429; R.J. DEVETTERE, *Practical decision making in health care ethics*, 2000, 526 en 527; T.L. BEAUCHAMP en J.F. CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, 2001 (5de ed.), 230 en 263-265; P. SCHOTSMANS, *Handboek medisch ethiek*, 2008, 164; P. DYER en S. MCGUINNESS, o.c. in A.-M. FARRELL, D. PRICE en M. QUIGLEY (eds.), *Organ shortage*, 2011, (122) 132.

⁵²⁷⁸ THE UNOS ETHICS COMMITTEE, o.c., *Transpl. Proc.* 1992, (2227) 2227 en 2229; D. VAN RAEMDONCK en J. SMITS, o.c., *T. Gen.* 2015, (180) 183.

⁵²⁷⁹ A. BONDOLFI, o.c. in M.-J. THIEL (ed.), *Donner, recevoir un organe*, 2009, (351) 360.

⁵²⁸⁰ S. GEVERS, o.c., *EJHL* 2007, (215) 219. Zie ook al: J.K. MASON, G.T. LAURIE en M. AZIZ, *Law and medical ethics*, 2006, 437.

⁵²⁸¹ H.J.J. LEENEN, o.c., *TvGR* 1980, (243) 255-256 en 259; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 152-153; H. NYS, o.c. in F. LOUCKX (ed.), *De gevelarchitectuur van de welvaartsstaat*, 1995, (45) 58; Opinion 2.03 – Allocation of Limited Medical Resources, AMA Code of Medical Ethics, <http://www.ama-assn.org>; S. GEVERS, o.c., *EJHL* 2007, (215) 216-217.

⁵²⁸² Zie *supra* A.I. van deze paragraaf.

werking.⁵²⁸³ Dit sluit m.i. aan bij de utilitaristische interpretatie van rechtvaardigheid, en dan specifiek het sociaal-utilitaristische criterium van publieke perceptie.⁵²⁸⁴

1112. De vele mogelijke combinaties van basisprincipes en bijhorende selectiecriteria maken dat er logischerwijze verschillende allocatiesystemen denkbaar zijn. In het raam van dit proefschrift ligt de klemtoon op de evaluatie van het huidige Belgische allocatiesysteem. Aanvankelijk werd dit systeem overgelaten aan de praktijk.⁵²⁸⁵ Pas met het KB van 24 november 1997 betreffende het wegnemen en toewijzen van organen van menselijke oorsprong (hierna: oud KB Allocatie)⁵²⁸⁶ kreeg het Belgische allocatiesysteem voor het eerst een specifieke juridische omkadering. In 2007 werd dit rechtskader aangevuld met enkele allocatiebepalingen in de Orgaantransplantatiewet zelf.⁵²⁸⁷ In 2012 werden echter alle allocatieregels in het KB van 24 november 1997 onverwacht opgeheven, waardoor dit KB sindsdien enkel nog het statuut van de Belgische Transplantatieraad regelt.⁵²⁸⁸ Slechts sommige van deze allocatieregels werden overgeheveld naar de Orgaantransplantatiewet,⁵²⁸⁹ die nu de voornaamste bron van rechtsregels over allocatie vormt.

Allocatiesystemen, inclusief het Belgische, zijn standaard ingericht aan de hand van twee fasen.⁵²⁹⁰ Dit heeft te maken met het orgaantekort. Door dit tekort zullen kandidaat-ontvangers doorgaans niet meteen getransplanteerd kunnen worden. Ze kunnen in tussentijd al wel op een zgn. ‘wachtlIJst’ voor orgaantransplantatie worden geplaatst. Aldus wordt in de eerste fase (*infra* afd. 2) beslist welke kandidaat-ontvangers op de wachtlIJst worden geplaatst. Pas wanneer een donor gevonden wordt, wordt in een tweede fase (*infra* afd. 3) beslist wie van de kandidaat-ontvangers op de wachtlIJst het beschikbaar gekomen orgaan toegewezen krijgt. Hierna volgt een analyse van de ontvangerselectiecriteria per fase. Op basis hiervan zal ten slotte een voorstel worden geformuleerd om tot een rechtvaardigere orgaanallocatie te komen (*infra* afd. 4).

⁵²⁸³ H.J.J. LEENEN, *o.c.*, *TvGR* 1987, (179) 181, 189-190; H.D.C. ROSCAM ABBING, *o.c.*, *Health Policy* 1990, (105) 110; H.D.C. ROSCAM ABBING, *o.c.* in J.K.M. GEVERS en J.H. HUBBEN (eds.), *Grenzen aan de zorg; zorgen aan de grens*, 1990, (84) 93; G. PERSAD, A. WERTHEIMER en E.J. EMANUEL, *o.c.*, *The Lancet* 2009, (423) 429; WMA Statement on Human Organ Donation and Transplantation (S-2000-01-2006), nr. H.1.; WMA Statement on Organ and Tissue Donation (S-2012-04-2012) p. 5; Memorie van toelichting Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 37 Recommendation Rec(2001)5 of 7 march 2001 of the Committee of Ministers to member states on the management of organ transplant waiting lists and waiting times, <http://www.coe.int>, nr. 1; European Parliament resolution of 19 May 2010 in the Commission Communication: Action plan on Organ Donation and Transplantation (2009-2015): Strengthened Cooperation between Member States (2009/2104(INI)), <http://www.europarl.europa.eu>, nr. 29; Eurotransplant Manual, [versie 3.0., 2013], www.eurotransplant.org, nr. 1.3.2. en 1.3.3.; Opinion 2.03 – Allocation of Limited Medical Resources, AMA Code of Medical Ethics, <http://www.ama-assn.org>; P. SCHOTSMANS, *Handboek medisch ethiek*, 2008, 75, 79 en 80.

⁵²⁸⁴ Zie *supra* A.2. van deze paragraaf.

⁵²⁸⁵ T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 143.

⁵²⁸⁶ BS 23 december 1997. Dit KB kwam tot stand op basis van toenmalig art. 1, § 3 Orgaantransplantatiewet (nu: art. 1bis, § 1), dat de bevoegdheid geeft om regels op te stellen voor o.a. het distribueren en afleveren van organen.

⁵²⁸⁷ Artt. 13bis, 13ter en 13quater Orgaantransplantatiewet, ingevoegd door art. 7 t.e.m. 10 Wet van 25 februari 2007, BS 13 april 2007.

⁵²⁸⁸ Hernoeming tot het “KB van 24 november 1997 betreffende de Belgische transplantatieraad” door het KB van 10 november 2012, BS 23 november 2012.

⁵²⁸⁹ Art. 23 Wet van 3 juli 2012, BS 24 augustus 2012.

⁵²⁹⁰ Zie: H.D.C. ROSCAM ABBING, *o.c.*, *Health Policy* 1990, (105) 110; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 170 en 175; T.L. BEAUCHAMP en J.F. CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, 2001 (5de ed.), 265; R.J. DEVETTERE, *Practical decision making in health care ethics*, 2000, 523; A. BONDOLFI, *o.c.* in M.-J. THIEL (ed.), *Donner, recevoir un organe*, 2009, (351) 362-363; K. ZALEWSKA, “Introduction To Patient Selection And Allocation Policies (POL200/2.1)”, www.odt.nhs.uk, 3 (selection vs. allocation).

Afdeling 2. Fase I: toegang tot de wachtlijst

§ 1. ALGEMEEN

A. Organen van overleden donoren

1113. Om in België één of meerdere organen van een overleden donor toebedeeld te krijgen, moet de patiënt zich als kandidaat-ontvanger laten inschrijven op een wachtlijst. Eurotransplant, de organisatie die door België is aangesteld voor de orgaanallocatie, stelt deze voorwaarde van prospectieve inschrijving uitdrukkelijk in haar praktijkhandleiding.⁵²⁹¹ De Belgische wet stelt deze voorwaarde niet uitdrukkelijk, maar veronderstelt ze wel impliciet.⁵²⁹² Ten behoeve van de rechtszekerheid is het m.i. raadzaam om zoals in Frankrijk⁵²⁹³ de wachtlijstvoorwaarde toch duidelijk in de wet op te nemen. Wegens het orgaantekort is het gebruik van een wachtlijst een algemeen aanvaarde voorwaarde om de toegang tot orgaantransplantatie te regelen.⁵²⁹⁴

1114. Concreet kan de wachtlijst omschreven worden als een lijst van kandidaat-ontvangers met alle ontvangergegevens die nodig zijn om over de allocatie van organen (cf. *infra* fase II) te beslissen (m.n. identificatie- en karakteriseringsgegevens).⁵²⁹⁵ In feite bestaan er binnen het Belgische allocatiesysteem meerdere wachtlijsten. Allereerst is er de wachtlijst van het transplantatiecentrum.⁵²⁹⁶ Zoals *infra* nog zal blijken, is de koppeling met het transplantatiecentrum waar men als kandidaat-ontvanger is ingeschreven van belang voor de verdere orgaanallocatie.⁵²⁹⁷ Met de inschrijving op een wachtlijst van één van de transplantatiecentra wordt de kandidaat-ontvanger eveneens opgenomen op de wachtlijst van Eurotransplant.⁵²⁹⁸ Eurotransplant centraliseert en beheert immers alle nationale wachtlijsten van België en van de andere Eurotransplantlanden als één internationale wachtlijst.⁵²⁹⁹ Ten slotte worden de (inter)nationale wachtlijsten nog eens opgedeeld naargelang het type orgaan waarvoor wordt gekandideerd.⁵³⁰⁰ Het zou uiteraard onzinnig zijn om bv. een patiënt die wacht op een hart, te groeperen met patiënten die wachten op een lever. Deze patiënten zullen immers niet met elkaar concurreren.

De vraag rijst nu of een kandidaat-ontvanger op meerdere wachtlijsten kan zijn ingeschreven (*multiple listing*). Zonder twijfel laat het recht op gelijke toegang tot gezondheidszorg toe dat een patiënt met bv. nier- én leverfalen wordt ingeschreven op zowel

⁵²⁹¹ Het moet hierbij logischerwijze gaan om een wachtlijst binnen het Eurotransplantgebied: Eurotransplant Manual, [versie 3.0., 2013], www.eurotransplant.org, nr. 2.1.1.

⁵²⁹² Cf. art. 13ter Orgaantransplantatiewet: “Om als kandidaat receptor te worden ingeschreven in een Belgisch transplantatiecentrum (...)”. Bedoeld wordt de inschrijving op de wachtlijst van het transplantatiecentrum. Zie art. 10/3, 9° KB Transplantatiecentra en Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 51-2680/1, 9. Zie ook: art. 7, § 1, lid 1 Oud KB Allocatie.

⁵²⁹³ Art. L1251-1 Code de la santé publique.

⁵²⁹⁴ Cf. art. 3, lid 2 Transplantatieprotocol EVRM-Bio; Recommendation Rec(2001)5 of 7 march 2001 of the Committee of Ministers to member states on the management of organ transplant waiting lists and waiting times, <http://www.coe.int>, nr. 2; EDQM, “Organ Shortage: Current Status and Strategies for the Improvement of Organ Donation – A European Consensus Document”, 2003, <http://www.edqm.eu>, nr. 4.8.1.; Advies Raad van State, *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 2680/001, 16-19. Zie in het algemeen ook: HvJ C-372/04, *Watts v. Bedford Primary Care Trust and Secretary of State for Health*, 2006, para. 67 en 69 (wachtlijsten voor heupoperaties).

⁵²⁹⁵ Cf. art. 1, 5° Oud KB Allocatie.

⁵²⁹⁶ Art. 10/3, 9° KB Transplantatiecentra en impliciet art. 13ter Orgaantransplantatiewet.

⁵²⁹⁷ Zie met name *infra* Afd. 3, § 2, B en E van dit Hoofdstuk.

⁵²⁹⁸ Cf. art. 1, 5° Oud KB Allocatie.

⁵²⁹⁹ Cf. H.D.C. ROSCAM ABBING, “Wet op de orgaandonatie: rechtvaardige verdeling van geschikte organen in Europees perspectief”, *TvGR* 1996, (380) 387; G. VAN BEEUMEN, “Orgaandonatie: juridische en organisatorische aspecten”, *Orpadt forum*, jaargang 1, 3. Zie ook over de aanmelding van de ontvangergegevens *infra* Afd. 3, § 1, B van dit Hoofdstuk.

⁵³⁰⁰ Eurotransplant Manual, [versie 3.0., 2013], www.eurotransplant.org, nr. 1.2.1.1.; Vraag nr. 571 Y. LETERME van 4 maart 2003, *T. Gez.* 2003-04, 15.

de wachtlijst voor nieren, als die voor levers. Voorts kan een patiënt zich op dit recht beroepen om op de wachtlijst van een transplantatiecentrum én op de wachtlijst van Eurotransplant te worden ingeschreven. Daarentegen laat Eurotransplant niet toe dat de kandidaat-ontvanger tegelijk is ingeschreven op verschillende binnen- en/of buitenlandse transplantatiecentra.⁵³⁰¹ Deze houding gaat in tegen het principe van autonomie van de ontvanger, maar kan worden verantwoord op basis van het billijkheidsprincipe.⁵³⁰² Hoewel patiënten met dergelijke *multiple listing* hun eigen kans op een orgaan vergroten, doen ze hierdoor echter de wachtlijsten van de centra in kwestie toenemen. Dit vermindert de kansen van de kandidaat-ontvangers die niet mobiel zijn en/of niet over de nodige middelen beschikken om zich te verplaatsen en te laten onderzoeken in meerdere centra. Een verbod op *multiple listing* lijkt in dat geval dan ook een evenredig middel om deze ongelijkheid van kansen te compenseren.⁵³⁰³ Dit is uiteraard een waardeoordeel dat naargelang de geldende maatschappijvisie kan verschillen. Terwijl in Europa de nadruk veeleer op solidariteit ligt, wordt er in de VSA klaarblijkelijk meer waarde gehecht aan autonomie, aangezien *multiple listing* er wél is toegelaten.⁵³⁰⁴

B. Organen van levende donoren

1115. Om in België een orgaan van een levende donor te kunnen ontvangen, stelt Eurotransplant de verplichting tot inschrijving op een wachtlijst *niet*. In het algemeen acht Eurotransplant zich niet verantwoordelijk voor de donor- en ontvangerselectie in geval van levende donoren. Behoudens enkele uitzonderingen⁵³⁰⁵ beschouwt het dit de uitsluitende verantwoordelijkheid van de transplantatiearts.⁵³⁰⁶ Niettemin laat Eurotransplant de wachtlijstinschrijving van patiënten die wachten op een orgaan van een levende donor wel facultatief toe. Deze inschrijving kan non-exclusief (de patiënt is dan bereid om een orgaan van zowel een levende donor, als een overleden donor toegewezen te krijgen), dan wel exclusief.⁵³⁰⁷ Bovendien verplicht Eurotransplant de transplantatiecentra er nog wel toe om iedere transplantatie met een levende donor bij Eurotransplant te registreren.⁵³⁰⁸ Deze verplichting

⁵³⁰¹ Eurotransplant Manual, [versie 3.0., 2013], www.eurotransplant.org, nr. 2.1.7.; Eurotransplant Newsletter nr. 205, www.eurotransplant.org, 11; “Nederlanders pendelen over de grens voor nieuwe lever”, *De Standaard*, 17 januari 2011, p. 12.

⁵³⁰² Vgl. J.F. CHILDRESS, o.c. in J.F. BLUMSTEIN en F.A. SLOAN (eds.), *Organ transplantation policy*, 1989, (87) 107-108 (met nuttig cijfervoorbeeld).

⁵³⁰³ Vgl. Recommendation Rec(2001)5 of 7 march 2001 of the Committee of Ministers to member states on the management of organ transplant waiting lists and waiting times, <http://www.coe.int>, nrs. 4 en 5; Memorie van toelichting Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 37; H.D.C. ROSCAM ABBING, o.c., *TvGR* 1996, (380) 387; Opinion 2.16 – Organ Transplantation Guidelines, AMA Code of Medical Ethics, <http://www.ama-assn.org>.

⁵³⁰⁴ Transplantatiecentra kunnen er zelf beslissen om dit toe te laten: OPTN Policy 3.4.G, www.optn.transplant.hrsa.gov. Een bekend geval is de overleden Apple-topman Steve Jobs, die in Californië woonde maar ook in o.a. Tennessee op de wachtlijst was ingeschreven en hier uiteindelijk een donorelever kreeg (H. ZARIF, “Distributive Injustice and Organ Transplant Waitlists”, *Hastings Sci. & Tech. L.J.* 2015, (75) 76 en 83).

⁵³⁰⁵ In geval van een dominotransplantatie zal Eurotransplant het domino-orgaan alloceren indien het transplantatiecentrum waar dit orgaan wordt weggenomen, zelf geen geschikt ontvanger op de eigen wachtlijst heeft (Eurotransplant Manual, [versie 3.0., 2013], www.eurotransplant.org, nrs. 2.2.1., 2.2.3.1. [versie 4.0., 2013], 5.3.9. en 6.1.5.3.1.).

⁵³⁰⁶ Eurotransplant Manual, [versie 3.0., 2013], www.eurotransplant.org, nrs. 2.2. en [versie 4.0., 2014] 2.1.5.3.2., waar wel gesteld wordt dat bij de selectie van de levende donor de richtlijnen van het ethisch comité van Eurotransplant, van de European Society for Organ Transplantation, van de Transplantation Society en van de Raad van Europa, alsook de nationale richtlijnen en wetgeving nageleefd moeten worden.

⁵³⁰⁷ Eurotransplant Manual, [versie 3.0., 2013], www.eurotransplant.org, nrs. 2.2. en 2.2.2.; GwH 24 april 2008, *T. Gez.* 2008-09, (137) 139, noot A.V. Zie bv. “Zus als levende donor”, *magUZA* oktober 2009, dossier nr. 78, <http://www.maguza.be>. Vgl. Recommendation Rec(2001)5 of 7 march 2001 of the Committee of Ministers to member states on the management of organ transplant waiting lists and waiting times, <http://www.coe.int>, nr. 3.

⁵³⁰⁸ Eurotransplant Manual, [versie 3.0., 2013], www.eurotransplant.org, nr. 2.2.3. (de ontvanger wordt dan van de wachtlijst verwijderd en een Follow-up code toegekend). Zie ook: Samengevoegde vragen van mevr. Karin Jiroflée over “de ethische bezwaren bij orgaandonatie” (nr. 3240) en van mevr. Valerie Van Peel over “de wachtlijsten voor een donororgaan” (nr. 3324), *Hand.* Kamer 2014-15, CRIV 54 COM 158, 15.

volgt ook impliciet uit de wettelijke opdracht van Eurotransplant om een follow-up systeem van levende donoren bij te houden.⁵³⁰⁹

De wet is op dit vlak daarentegen niet erg duidelijk. Oorspronkelijk stonden de wettelijke regels in verband met orgaantoewijzing⁵³¹⁰ onder Hoofdstuk III van de wet ('Wegneming na overlijden'), waaruit logischerwijze werd afgeleid dat deze regels enkel van toepassing waren op de allocatie van organen van overledenen.⁵³¹¹ Dit stemde overeen met de huidige *modus operandi* van Eurotransplant. Sinds de wetswijzing van 3 juli 2012 gaat deze redenering echter niet meer op, aangezien deze regels onder een apart hoofdstuk werden geplaatst (Hoofdstuk III/1) zonder dat hierbij enig onderscheid tussen levende en overleden donoren werd gemaakt. Dit lijkt onder meer te suggereren dat de inschrijving op een wachtlijst ook voor ontvangers van levende donoren verplicht is. De bedoeling van de wetgever is echter niet duidelijk, nu in de parlementaire stukken enkel "*een betere leesbaarheid*" als motief voor deze wetswijziging wordt genoemd.⁵³¹² Het probleem is dat de meeste levende donoren enkel doneren aan een welbepaalde (gerelateerde) persoon⁵³¹³ zodat het organiseren van concurrentie tussen deze persoon en andere kandidaat-ontvangers via een wachtlijst onzinnig is.⁵³¹⁴ Een verplichte wachtlijstregistratie lijkt dan een onevenredige beperking van het recht op toegang tot orgaantransplantatie te zijn. Het lijkt mij dan ook aannemelijker om de wet voorlopig zo te interpreteren dat de wachtlijstverplichting strikt gezien niet voor deze gevallen geldt.⁵³¹⁵ Aansluitend op mijn eerdere suggestie om de wachtlijstvoorwaarde in geval van overleden donoren duidelijker in de wet te vermelden, acht ik het dan ook raadzaam om hierbij een uitzondering voor bepaalde levende donoren te preciseren.

§ 2. HET (INTER)NATIONAAL KARAKTER VAN DE WACHTLIJST

1116. Buitenlandse patiënten zouden om verschillende redenen de wens kunnen hebben om in België een orgaantransplantatie te ondergaan. Allereerst kan het zijn dat de buitenlandse patiënt zijn kansen op het krijgen van een orgaan hoopt te vergroten door zich te verplaatsen naar een land met een groter orgaanaanbod.⁵³¹⁶ In dat opzicht zal België wegens zijn relatief groot aantal donoren al gauw een aantrekkelijke bestemming ogen.⁵³¹⁷ Daarnaast kan de patiënt evengoed de grens willen oversteken omdat het Belgische transplantatiecentrum een specifieke expertise bezit of omdat de patiënt dichtbij de Belgische grens woont en het buitenlandse centrum gewoon dichtbij huis is.⁵³¹⁸ Ook zou het kunnen dat een Belgisch familielid bereid is om in België als levende donor voor de buitenlandse patiënt op te treden. Hieronder zal de Belgische regeling voor de toegang van buitenlandse patiënten tot de Belgische wachtlijst (*infra* A) en de rechtvaardiging voor die regeling (*infra* B) worden geanalyseerd.

⁵³⁰⁹ Art. 13bis, § 1, 3° Orgaantransplantatiewet. Zie vroeger expliciet art. 8, § 2 Oud KB Allocatie.

⁵³¹⁰ Het betreft met name oud art. 13bis, 13ter en 13quater Orgaantransplantatiewet.

⁵³¹¹ GwH 24 april 2008, *T. Gez.* 2008-09, 137, 139 en 142, noot A.V.

⁵³¹² Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2011-12, nr. 53-2158/1, 34.

⁵³¹³ Zie over deze 'gerichte donatie' *infra* Afd. 3, § 3 van dit Hoofdstuk.

⁵³¹⁴ Vgl. ook: H. NYS, "De ontwikkeling van het gezondheidsrecht in 1996 en 1997", *T. Gez.* 1998-99, (111) 132, over het oude KB Allocatie.

⁵³¹⁵ Vgl. K. ZALEWSKA, "Introduction To Patient Selection And Allocation Policies (POL200/2.1)", www.odt.nhs.uk, 2: het allocatiebeleid van de NHSBT wordt enkel van toepassing verklaard op overleden donoren en bepaalde levende donoren die niet doneren aan een specifieke ontvanger.

⁵³¹⁶ Commission staff working document – Impact Assessment, SEC(2007) 705, <http://eur-lex.europa.eu>, 56.

⁵³¹⁷ Niettemin is het ook denkbaar dat een patiënt vanuit België naar het buitenland rijst voor een orgaantransplantatie. Of dit kan, zal afhangen van de lokale regelgeving. Weliswaar zal deze vorm van transplantatietoerisme al gauw een vermoeden van orgaanhandel wekken indien het land van bestemming een ontwikkelingsland is. Cf. hierover *supra* Deel III, Hoofdstuk I, Afd. 1, § 1.

⁵³¹⁸ "Fenomeen is toch vrij beperkt", *Artsenkrant*, 5 november 2010, p. 4.

A. Uitsluiting van de Belgische wachtlijsten

1117. Als algemeen principe geldt dat kandidaat-ontvangers worden uitgesloten van de Belgische wachtlijsten voor zover ze geen gekwalificeerde band met België of een ander Eurotransplantland vertonen (*infra* 1). Hierop bestaan evenwel enkele uitzonderingen (*infra* 2).

1. De gekwalificeerde band

a. Een gekwalificeerde band met België

1118. Om als kandidaat-ontvanger te kunnen worden ingeschreven⁵³¹⁹ op de wachtlijst⁵³²⁰ van een Belgisch transplantatiecentrum moet de betrokken persoon volgens artikel 13*ter* Orgaantransplantatiewet “(...) *de Belgische nationaliteit hebben of in het bevolkingsregister of sinds minstens zes maanden in het vreemdelingenregister ingeschreven zijn* (...)”. De toegang tot een Belgische wachtlijst hangt dus af van een band met België die op twee alternatieve kwalificaties kan berusten.

Enerzijds wordt deze band afdoende bewezen geacht indien de kandidaat-ontvanger de Belgische nationaliteit bezit.⁵³²¹ Belgen die in het buitenland wonen, zijn dus niet uitgesloten van de Belgische wachtlijsten. Het bestaan van de Belgische nationaliteit moeten worden bepaald overeenkomstig het Wetboek Belgische Nationaliteit.

Anderzijds wordt deze band afdoende bewezen geacht indien de kandidaat-ontvanger is ingeschreven in het bevolkingsregister of minstens zes maanden in het vreemdelingenregister. De termijn van zes maanden is bedoeld om een verblijf met een louter opportunistisch oogmerk van transplantatie te vermijden,⁵³²² nu er in dat geval niet echt sprake is van een werkelijke ‘band met België’.⁵³²³ De inschrijving in het bevolkings- of vreemdelingenregister veronderstelt een woonplaats in een Belgische gemeente.⁵³²⁴ Deze inschrijvingsvoorwaarde vervangt de vroegere domicilievoorwaarde,⁵³²⁵ aangezien deze laatste onvoldoende duidelijk werd geacht.⁵³²⁶ De inschrijving in de betreffende registers laat een objectievere en snellere vaststelling van woonachtigheid in België toe.

Schending van artikel 13*ter* is een misdrijf. Hij die een patiënt zonder de nodige gekwalificeerde band met België inschrijft via een Belgische transplantatiecentrum kan in

⁵³¹⁹ Vroeger luidde de wet: “*Om als kandidaat receptor te worden ingeschreven of erkend* (...)”. De verwijzing naar ‘erkenning’ werd geschrapt omdat dit geen juridische draagwijdte had (Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2011-12, nr. 53-2158/1, 36).

⁵³²⁰ De wet spreekt niet expliciet over de wachtlijst, maar bedoelt dit wel. Zie reeds *supra* § 1, A van deze Afdeling en de verwijzingen daar.

⁵³²¹ Toekenning van de Belgische nationaliteit is immers gebaseerd op de (vermoede) integratie in de Belgische Natiestaat. Cf. F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 2014 (3^{de} editie), 75.

⁵³²² Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2005-06, nr. 51-2680/1, 9.

⁵³²³ De termijn van zes maanden is kort in vergelijking met de richtlijn van Eurotransplant, die stelt dat een vreemdeling pas na 5 jaar als *resident* hoort te worden beschouwd (Eurotransplant Manual, [versie 4.0., 2014], www.eurotransplant.org, nr. 2.1.5.5.2.).

⁵³²⁴ Vreemdelingen zonder verblijfsrecht of ‘illegalen’ kunnen in principe dus niet op een Belgische wachtlijst worden geplaatst. Of een vreemdeling een verblijfsrecht heeft, moet worden vastgesteld volgens de Vreemdelingenwet.

⁵³²⁵ Zie oud art. 13*ter* Orgaantransplantatiewet: “(...) *in België gedomicilieerd zijn sinds minstens zes maanden* (...)”. Deze voorwaarde verving op haar beurt de voorwaarde van “*vaste woonplaats in België*” uit art. 7, § 1 oud KB Allocatie (cf. Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2005-06, nr. 51-2680/1, 3, 6 en 9; Vraag om uitleg van de heer Patrik Vankrunkelsven aan de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid over “orgaandonatie”, *Hand. Senaat* 2006-07, 57 (nr. 3-2111)). Echter, in de praktijk werd art. 7, § 1 oud KB Allocatie blijkbaar niet toegepast wegens zijn dubieuze wettelijke basis (GwH 24 april 2008, *T. Gez.* 2008-09, (137) 138, noot A.V.; H. NYS, “The exclusion of Organ Transplantation from the Cross Border Care Directive: Boundary or Opportunity?” in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2011, (142) 144).

⁵³²⁶ Art. 101 Wet van 17 juli 2015 houdende diverse bepalingen inzake gezondheid, *BS* 17 augustus 2015; Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2014-15, nr. 54-1161/1, 74.

principe worden gestraft met een gevangenisstraf van drie maanden tot een jaar en/of een geldboete van 1.000 tot 10.000 euro.⁵³²⁷

b. Een gekwalificeerde band met een ander Eurotransplantland

1119. Patiënten zonder gekwalificeerde band met België kunnen volgens artikel 13^{ter} Orgaantransplantatiewet alsnog worden ingeschreven op de wachtlijst van een Belgisch transplantatiecentrum indien ze “(...) *de nationaliteit hebben van een staat die hetzelfde toewijzingsorganisme voor organen deelt of sinds minstens 6 maanden in deze staat gedomicilieerd zijn*”.⁵³²⁸ Aangezien Eurotransplant het ‘toewijzingsorganisme’⁵³²⁹ voor België is, volstaat het voor de toegang tot de Belgische wachtlijsten dus dat de patiënt een gekwalificeerde band heeft met één van de Eurotransplantlanden. Ook deze band kan worden vastgesteld op basis van twee alternatieve kwalificaties, namelijk ‘nationaliteit’ en ‘domicilie’.⁵³³⁰ Dit kan best worden nagegaan aan de hand van officiële documenten uit het betreffende Eurotransplantland. Bij de invoering van deze regel adviseerde de Raad van State dat deze preferentiële behandeling van bepaalde vreemdelingen uit ander Eurotransplantlanden verantwoord is wegens de solidariteit die aan de deelname aan een gemeenschappelijke toewijzingssysteem ten grondslag ligt.⁵³³¹

2. Uitzonderingen

a. ‘Surplusorganen’

1120. Volgens artikel 7, § 1, laatste lid oud KB Allocatie kon een orgaan worden toegewezen aan een kandidaat-ontvanger die niet over de vereiste gekwalificeerde band met België of een ander Eurotransplantland beschikte, indien er voor dat orgaan geen geschikte ontvanger op de wachtlijst van een Belgisch transplantatiecentrum stond (een zgn. ‘surplusorgaan’⁵³³²). In 2012 zijn deze bepaling, alsook alle andere bepalingen in verband met orgaanallocatie uit dit KB (zonder verklaring) opgeheven. In de huidige praktijkhandleiding van Eurotransplant wordt echter nog steeds gesteld dat inschrijving op een Belgische wachtlijst alsook transplantatie in België mogelijk is voor kandidaat-ontvangers zonder gekwalificeerde band, namelijk op basis van dit oud KB Allocatie én een individuele beslissing van de FOD Volksgezondheid.⁵³³³ Deze opvatting is juridisch niet correct. Zoals gezegd zijn alle allocatiebepalingen uit oud KB

⁵³²⁷ Art. 17, § 3, lid 1 Orgaantransplantatiewet.

⁵³²⁸ Vgl. reeds art. 7, § 1 oud KB Allocatie.

⁵³²⁹ Deze term is intussen vervangen door de term ‘Europese orgaanuitwisselingsorganisatie’. Zie al *supra* Deel III, Hoofdstuk II, Afd.1, § 5.

⁵³³⁰ Het nationaliteitsvereiste spreekt voor zich. Met ‘domiciliëring’ wordt verwezen naar het houden van een woonplaats. Deze term kan in ons recht verschillende betekenissen hebben (cf. E. DIRIX, B. TILLEMANS en P. VAN ORSHOVEN (red.), *De Valks Juridisch woordenboek*, 2004 (2^{de} ed.), 391). Wegens het personenrechtelijke karakter van deze materie wordt wellicht de gewone burgerrechtelijke woonplaats bedoeld, d.i. de plaats waar de persoon in hoofdzaak verblijft met de bedoeling er bereikbaar te zijn voor het rechtsverkeer (art. 102 BW; F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, 2014 (3^{de} editie), 157-159). Vreemd genoeg verwijst de wet hier nog naar de ‘domicilie’, terwijl die term voor wat betreft het verblijf in België wegens onduidelijkheid werd vervangen door het criterium van inschrijving in het bevolkings- of vreemdelingenregister (cf. *supra* A.1. van deze paragraaf).

⁵³³¹ Advies van de Raad van State bij Erratum KB van 24 november 1997 betreffende het wegnemen en toewijzen van organen van menselijke oorsprong, *BS* 26 mei 1998, nr. 5.3.1.; Advies Raad van State, *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 51-2680/1, 19. Zie ook: GwH 24 april 2008, *T. Gez.* 2008-09, (137) 140, noot A.V.; *Vr. en Antw.* Senaat 2012-13, 16 mei 2013, 252 (Vr. nr. 998 LAMBERT) en Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1161/1, 73 en 74, waar opnieuw naar het ‘solidariteitsprincipe’ werd verwezen.

⁵³³² Vgl. Commission staff working document on the mid-term review of the “Action Plan on Organ Donation and Transplantation (2009-2015): Strengthened Cooperation between Member States”, SWD(2014) 147 final, <http://eur-lex.europa.eu>, 54.

⁵³³³ Eurotransplant Manual, [versie 4.0., 2014], www.eurotransplant.org, nrs. 2.1.5.1., 2.1.5.5.4.1., 5.4.1.2.2., 6.1.5.1.5. en 6.3.7.9.1.4.2. Zie schijnbaar ook: *Vr. en Antw.* Senaat 2012-13, 23 januari 2013, Vr. nr. 5-7952 N. LIJNEN.

Allocatie opgeheven en heeft dit KB overigens nooit de toelating van de FOD Volksgezondheid als voorwaarde gesteld. Aangezien de nodige juridische grondslag ontbreekt, kan een individuele beslissing van een Federale overheidsdienst of van de minister niet ingaan tegen het artikel 13^{ter} Orgaantransplantatiewet. Deze bepaling verbiedt de wachtlijstinschrijving van kandidaat-ontvangers zonder gekwalificeerde band, zelfs al zou hun positie op de wachtlijst slechts ondergeschikt zijn ten aanzien van de ‘Belgische’ kandidaat-ontvangers. Het orgaan zal dan veeleer naar een patiënt op de wachtlijst van een ander Eurotransplantland moeten gaan.

In de praktijk gebeurt het ook dat Eurotransplant zgn. surplusorganen doorgeeft aan patiënten op de wachtlijst van één van haar Europese zusterorganisaties (bv. het Engelse NHSBT of het Franse Agence de la biomédecine), indien er op de wachtlijsten binnen de Eurotransplantzone geen geschikte ontvanger kan worden gevonden.⁵³³⁴ Dit is niet in strijd met artikel 13^{ter} Orgaantransplantatiewet, dat enkel de toegang tot de wachtlijst in België regelt. Zo kan een patiënt zonder gekwalificeerde band met een Eurotransplantland alsnog een Eurotransplantorgaan krijgen zonder op een Eurotransplantwachtlijst te moeten staan.

b. De noodgevallexceptie

1121. Krachtens artikel 13^{quater} Orgaantransplantatiewet kan de Koning uitzonderingsvoorwaarden bepalen in verband met de toepassing van artikel 13^{ter}. De bedoeling van de wetgever was vooral om toch een inschrijving op de wachtlijst toe te laten voor dringende situaties waarin levens op het spel staan.⁵³³⁵ Denk bv. aan een toerist die tijdens zijn verblijf in België ernstig ziek wordt en dringend een transplantatie moet ondergaan.⁵³³⁶ Voorlopig heeft de Koning echter nog geen gebruik gemaakt van deze bevoegdheid.⁵³³⁷

Niettemin is het denkbaar dat in noodgevallen toch al een uitzondering op artikel 13^{ter} kan worden gemaakt op basis van een andere juridische grond. Volgens sommigen kan deze grond gezocht worden in artikel 422^{bis} Sw., dat het wetens en willens verzuimen om hulp te verlenen aan personen in groot gevaar⁵³³⁸ strafbaar stelt.⁵³³⁹ Juridisch-technisch lijkt men zich dus te beroepen op de toelating van de wet (*in casu* art. 422^{bis} Sw.) om te dienen als rechtvaardigingsgrond (art. 70 Sw.)⁵³⁴⁰ voor het misdrijf van schending van artikel 13^{ter} Orgaantransplantatiewet. Deze oplossing lijkt mij echter zeer twijfelachtig. Als specifieke wetsbepaling hoort artikel 13^{ter} immers voorrang te krijgen op de algemene wetsbepaling van artikel 422^{bis}, dit overeenkomstig het algemeen aanvaarde interpretatiebeginsel ‘*lex specialis*

⁵³³⁴ Eurotransplant Manual, [versie 3.0., 2013], www.eurotransplant.org, nrs. 1.2.1.1. en 3.2.3.4; L. COLENBIE, “Toewijzing van organen” in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, Leuven, Acco, 2014, (29) 36.

Deze uitwisseling van surplusorganen is wederkerig. Zie: Eurotransplant Manual, [versie 3.0., 2013], www.eurotransplant.org, nr. 3.2.3.5; *Vr. en Antw.* Senaat 2010-11, 8 februari 2011, *Vr. nr.* 5-1209 E. SLEURS.

⁵³³⁵ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 51-2680/1, 4, 7 en 10. Zie echter: GwH 14 november 2007, *T. Gez.* 2007-08, (257) 258-260, waar de eisers deze bevoegdheidsdelegatie te ruim achten omdat de wet geen enkel criterium bepaalt op basis waarvan de Koning deze bevoegdheid moet uitoefenen.

⁵³³⁶ *Vr. en Antw.* Senaat 2012-13, 23 januari 2013, *Vr. nr.* 5-7952 N. LIJNEN; GwH 24 april 2008, *T. Gez.* 2008-09, 137, noot A.V.

⁵³³⁷ Naar aanleiding van een casus over een vreemdeling in een asielcentrum die nood had aan een levertransplantatie verklaarde de minister dat werd nagedacht om bij KB alsnog werk te maken van een uitzonderingsregeling: *Vr. en Antw.* Senaat 2012-13, 16 mei 2013, 252 (*Vr. nr.* 998 LAMBERT).

⁵³³⁸ Dit veronderstelt geen doodsgevaar, maar wel een ernstig, reëel en onmiddellijk dreigend gevaar voor de fysieke of psychische integriteit of de individuele vrijheid. *Cf.* J. DE HERDT, *Fysiek interpersoonlijk geweld*, 2014, 165.

⁵³³⁹ GwH 14 november 2007, *T. Gez.* 2007-08, (257) 260-261; GwH 24 april 2008, *T. Gez.* 2008-09, (137) 140, noot A.V.; A.-C. SQUIFFLET, *o.c. Ann. dr. Louvain* 2011, (357) 388; *Vr. en Antw.* Senaat 2012-13, 16 mei 2013, 252 (*Vr. nr.* 998 LAMBERT). Zie in het algemeen ook: H. NYS, “Recht en AIDS. Besmetting, opsporing en preventie strafrechtelijk en gezondheidsrechtelijk beschouwd”, *Panopticon* 1988, (8) 13.

⁵³⁴⁰ Zie over deze rechtvaardigingsgrond reeds *supra* Deel IV, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, A. Zie ook: J. DE HERDT, *Fysiek interpersoonlijk geweld*, 2014, 174, waar wordt gesteld dat de plicht tot hulpverlening van art. 422^{bis} Sw. in bepaalde omstandigheden kan rechtvaardigen dat een wettelijke norm wordt genegeerd via de figuur van het wettelijk voorschrift.

derogat lex generalis'.⁵³⁴¹ Het zou m.i. dan ook juister zijn om een beroep te doen op de rechtvaardigingsgrond van de 'noodtoestand'.⁵³⁴² Of er uiteindelijk sprake is van een noodtoestand zal echter in elke zaak afhangen van een feitelijk oordeel van de rechter. Het verweer van de noodtoestand is dus maar een enigszins rechtsonzekere oplossing voor de transplantatiearts.⁵³⁴³

c. Patiënten met een levende donor

1122. Eerder werd verdedigd dat artikel 13^{ter} Orgaantransplantatiewet niet moet worden toegepast in geval van levende donoren die enkel doneren aan een welbepaalde (gerelateerde) kandidaat-ontvanger. Indien deze stelling wordt aanvaard,⁵³⁴⁴ dan vloeit hieruit voort dat kandidaat-ontvangers die geen gekwalificeerde band met België of een ander Eurotransplantlanden hebben, toch in een Belgisch transplantatiecentrum kunnen worden getransplanteerd indien ze hun 'eigen' levende donor aanbrengen.

B. *Rechtvaardiging van de uitsluiting*

1. Gelijkwaardigheid van vreemdelingen

1123. Artikelen 13^{ter} en 13^{quater} Orgaantransplantatiewet stootten bij hun invoering al gauw op verzet. Zo dienden de Cliniques Universitaires Saint-Luc en een specialist in de pediatrische heelkunde meteen een schorsings- en vernietigingsberoep in bij het Grondwettelijk Hof wegens schending van het recht van de uitgesloten vreemdelingen op gelijke toegang tot gezondheidszorg. Het Hof achtte echter het schorsingsberoep ongegrond en het vernietigingsberoep onontvankelijk. Met betrekking tot het schorsingsberoep argumenteerde het Hof dat het mogelijke nadeel van de partijen niet zou worden veroorzaakt door de bestreden bepalingen maar wel door onmogelijkheid die uit de praktijk blijkt om over een compatibel orgaan te beschikken.⁵³⁴⁵ Met betrekking tot het vernietigingsberoep suggereerde het Hof dat er wegens het orgaantekort nog voldoende transplantatiepatiënten zouden zijn zodat de eisers niet gehinderd zouden worden in hun ethische plicht tot verzorging en geen verlies van winst of reputatie zouden lijden.⁵³⁴⁶ Zodoende kwam het Hof helaas nooit tot een inhoudelijke toetsing van artikel 13^{ter} en 13^{quater} aan het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel. Hierna zal alsnog tot een toetsing worden overgegaan.

1124. Het staat vast dat het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel in principe ook op vreemdelingen van toepassing is. Dit volgt uit artikel 23 *iuncto* 191 GW en artikel 1 *iuncto* 14

⁵³⁴¹ Zie ook: C. VANDEN WYNGAERT m.m.v. S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen. Deel I*, Antwerpen, Maklu, 2011 (8^{ste} ed.), 247, die de rechtvaardigingsgrond van het wettelijk voorschrift beschouwt als een toepassing van dit interpretatiebeginsel.

⁵³⁴² Zie over deze rechtvaardigingsgrond reeds *supra* Deel IV, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, D. Vgl. GwH 14 november 2007, *T. Gez.* 2007-08, (257) 260 en 262; Advies nr. 60 van 27 januari 2014 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, <http://www.health.belgium.be>, 15.

⁵³⁴³ Vgl. GwH 14 november 2007, *T. Gez.* 2007-08, (257) 260 en 262.

⁵³⁴⁴ Zie echter over de onduidelijkheid van de wet op dit punt: *supra* § 1, B van deze Afdeling.

⁵³⁴⁵ GwH 14 november 2007, *T. Gez.* 2007-08, (257) 262.

⁵³⁴⁶ GwH 24 april 2008, *T. Gez.* 2008-09, (137) 142, noot A.V.

EVRM,⁵³⁴⁷ alsook uit de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden (verkort: Antiracismewet)⁵³⁴⁸.

Specifiek voor vreemdelingen die EU-burger zijn, werd door sommigen ook een recht op gelijke toegang tot de wachtlijst gezocht in het vrij verkeer van diensten binnen de EU (art. 56 VWEU).⁵³⁴⁹ Deze opvatting valt echter moeilijk te verdedigen. Terwijl artikel 168, lid 4, a) VWEU weliswaar een specifieke Europese bevoegdheidsgrond voor maatregelen inzake de kwaliteit en veiligheid van organen bevat, bepaalt artikel 168, lid 7 VWEU daarentegen dat deze maatregelen geen afbreuk mogen doen aan de ‘nationale voorschriften inzake donatie en geneeskundig gebruik van organen’. Bepalingen die zoals artikel 13^{ter} en 13^{quater} Orgaantransplantatiewet betrekking hebben op de allocatie van organen voor transplantatie, kunnen zonder twijfel worden gerekend tot de nationale regels betreffende ‘het geneeskundig gebruik van organen’. Bijgevolg moet worden aangenomen dat het EU-recht krachtens artikel 168, lid 7 VWEU niet als bijkomende toetsingsgrond kan worden toegepast inzake de toegang tot wachtlijsten voor orgaantransplantatie.⁵³⁵⁰ Europese coördinatiemaatregelen (art. 168, lid 2 VWEU) lijken daarentegen niet uitgesloten.⁵³⁵¹

1125. Hoewel vreemdelingen in principe gelijkwaardig moeten worden geacht en als zodanig moeten worden behandeld, is ongelijke behandeling ook nu niet absoluut verboden. In bepaalde gevallen kan de ongelijke behandeling van vreemdelingen gerechtvaardigd worden. Op basis van artikel 191 GW en artikel 11 Antiracismewet volstaat het hiervoor reeds dat de ongelijke behandeling berust op een wet, wat de inhoudelijke toetsing van artikel 13^{ter} en 13^{quater} Orgaantransplantatiewet lijkt uit te sluiten.⁵³⁵² Weliswaar moet deze wet op zich nog wel een

⁵³⁴⁷ Vgl. GwH 14 november 2007, *T. Gez.* 2007-08, (257) 258-260 en GwH 24 april 2008, *T. Gez.* 2008-09, (137) 138 en 139-140, noot A.V., waar ook werd verwezen naar art. 12 ECOSOC-Verdrag en art. 11 HESH. Zie echter: Advies van de Raad van State bij Erratum KB van 24 november 1997 betreffende het wegnemen en toewijzen van organen van menselijke oorsprong, *BS* 26 mei 1998, nr. 5.3.1. en Advies van de Raad van State, *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 51-2680/1, 18; GwH 24 april 2008, *T. Gez.* 2008-09, (137) 139, noot A.V.

⁵³⁴⁸ *BS* 8 augustus 1981. Deze wet is de uitvoering van Europese Richtlijn 2000/43/EG (art. 1) en van het Internationaal verdrag van 21 december 1965 inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie (art. 2). Ze verbiedt onder meer discriminatie op basis van *nationaliteit* (cf. art. 3, art. 4, 4° en art. 12). Haar toepassingsgebied stemt overeen met dat van de algemene Antidiscriminatiewet (cf. art. 5 van beide wetten en *supra* Afd. 1, § 1, B van dit Hoofdstuk).

⁵³⁴⁹ H.D.C. ROSCAM ABBING, *o.c.*, *TvGR* 1996, (380) 386; B. HAASE-KROMWIJK, F. DU PRÉ en B. COHEN, “Organ transplantation and European Community law: the case of non-residents”, *J. Health Serv. Res. Policy* 1997, (168) 168-170, waar eveneens werd getoetst aan de Europese mededingingsregels (thans art. 101 e.v. VWEU); GwH 14 november 2007, *T. Gez.* 2007-08, (257) 258-260; GwH 24 april 2008, *T. Gez.* 2008-09, (137) 138 en 139-140, noot A.V.; Advies van de Raad van State, *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 51-2680/1, 18. Zie ook in die zin: H.D.C. ROSCAM ABBING, “A Council of Europe Protocol on Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin”, *EJHL* 2002, vol. 9, (63) 67; R.D. FRIELE *et al.*, *Derde evaluatie Wet op de orgaandonatie*, 2006, 119; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 453.

⁵³⁵⁰ Vgl. S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 886; H. NYS, *o.c.*, *EJHL* 2010, vol. 17, (427) 429; H. NYS, *o.c.* in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2011, (142) 146 en 147; L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 237; Werkdocument van 12 maart 2009 van de Commissie milieubeheer, volksgezondheid en voedselveiligheid over het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake kwaliteits- en veiligheidsnormen voor menselijke organen, bestemd voor transplantatie, <http://www.europarl.europa.eu>, 4; National Expert Meeting on Organ Donation and Transplantation at Community Level: Working Group on Quality and Safety – Summary Report, 23 oktober 2007, Brussel, http://ec.europa.eu/health/blood_tissues_organ, 12, waar evenwel discussie bestond. Zie ook art. 168, lid 7 VWEU, waar de *allocatie* van middelen aan geneeskundige verzorging tot de verantwoordelijkheden van de lidstaten wordt gerekend; art. 1, lid 3, b Richtlijn 2011/24/EU, waar orgaantransplantatie op zich krachtens artikel 114 VWEU onder het toepassingsgebied valt, maar waar de toegang tot organen van het toepassingsgebied werd uitgesloten.

⁵³⁵¹ In die zin ook: A.-M. FARRELL, “Adding Value? Governance of Organ Donation and Transplantation”, *EJHL* 2010, (51) 64 en 75; A.-M. FARRELL, “Addressing organ shortage in the European Union: getting the balance right” in A.-M. FARRELL, D. PRICE en M. QUIGLEY (eds.), *Organ shortage*, 2011, (227) 236 en 238.

⁵³⁵² Een uitsluiting bij een KB, zoals bv.oud KB Allocatie, zou dus onvoldoende zijn: Advies van de Raad van State bij Erratum KB van 24 november 1997 betreffende het wegnemen en toewijzen van organen van menselijke oorsprong, *BS* 26 mei 1998, nr. 5.3.1.

toetsing aan artikelen 10-11 GW⁵³⁵³ en artikel 14 EVRM⁵³⁵⁴ kunnen doorstaan. Dit betekent dat de bij wet voorziene ongelijke behandeling objectief gezien een legitiem doel moet nastreven en een evenredig middel moet zijn om dit doel te bereiken.⁵³⁵⁵ Deze rechtvaardigingstoets zal hierna verder worden uitgewerkt.⁵³⁵⁶

2. Bescherming van het orgaanaanbod

1126. De rechtvaardiging van de uitsluiting van vreemdelingen kan m.i. gesteund worden op het risico dat de toelating van vreemdelingen op de wachtlijst negatief door het Belgische publiek onthaald zal worden. Aan de basis hiervan ligt de (legitieme) opvatting dat voorrang moet worden gegeven aan degenen met wie in bepaalde mate op solidaire wijze wordt samengeleefd. Met vreemdelingen zal deze solidariteitsband veeleer ontbreken.⁵³⁵⁷ Deze solidariteitsgedachte zit reeds in de criteria van artikel 13^{ter} Orgaantransplantatiewet vervat.⁵³⁵⁸ Welnu, door de negatieve publieke perceptie kan de donatiebereidheid dalen en zullen er minder organen beschikbaar zijn voor *alle* kaniddaat-ontvangers.⁵³⁵⁹ In die zin zou de bescherming van het orgaanaanbod en dus van de volksgezondheid als legitiem doel kunnen worden ingeroepen om een uitsluiting van vreemdelingen te rechtvaardigen.⁵³⁶⁰ Dit argument strookt met het principe van (sociale) utiliteit.

Tegen de solidariteitsopvatting wordt opgeworpen dat sommige vreemdelingen wél donor worden in België of via bv. de betaling van BTW of sociale bijdragen financieel bijdragen aan het gezondheidszorgsysteem, terwijl sommige Belgen zich verzetten tegen donatie of (nog) geen financiële bijdrage (meer) leveren.⁵³⁶¹ Het onderscheid op basis van nationaliteit zou dus geen pertinent onderscheidscriterium zijn. Dit argument weerlegt het bovenstaande (sociaal-)utilitaristische argument echter niet noodzakelijk. Niet zozeer de effectieve solidaire bijdrage

⁵³⁵³ J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER m.m.v. T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, 2013 (7^{de} editie), 295.

⁵³⁵⁴ Deze toetsing veronderstelt weliswaar dat art. 14 EVRM kan worden ingeroepen in combinatie met een andere verdragsbepaling, zoals bv. art. 2, 3 of 8 EVRM (zie *supra* Afd. 1, § 1, B van dit Hoofdstuk).

⁵³⁵⁵ Zie *supra* Afd. 1, § 1, B van dit Hoofdstuk.

⁵³⁵⁶ De hiernavolgende overwegingen zijn evenzeer relevant voor zij die menen dat ook kan worden getoetst aan de hand van de Europese vrij verkeer-bepalingen. Voor de beperking van het vrije verkeer van diensten en personen bestaat immers een gelijkaardige rechtvaardigingstoets. Cf. K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Constitutional law of the European Union*, London, Sweet & Maxwell, 2005, 233-237; Advies van de Raad van State, *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 51-2680/1, 18; Consideransen 11 en 12 Richtlijn 2011/24/EU.

⁵³⁵⁷ Vgl. J.M. PROTAS, "Nonresident Aliens and Access to Organ Transplant", *Transpl. Proc.* 1989, (3426) 3426; B. HAASE-KROMWIJK, F. DU PRÉ en B. COHEN, o.c., *J. Health Serv. Res. Policy* 1997, (168) 170; H. NYS, o.c., *EJHL* 2010, vol. 17, (427) 431. Zie in die zin ook: H.D.C. ROSCAM ABBING, o.c., *TvGR* 1996, (380) 386; A.K. GLAZIER, G.M. DANOVIATCH en F.L. DELMONICO, "Organ Transplantation for Nonresidents of the United States: A Policy for Transparency", *Am. J. Transpl.* 2014, (1740) 1741-1742.

⁵³⁵⁸ Zie *supra* § 2, A.1.b. van deze Afdeling en de verwijzingen naar de parlementaire stukken daar. Zie ook: Eurotransplant Manual, [versie 4.0., 2014], www.eurotransplant.org, nr. 2.1.5.5.2, waar eveneens voldoende solidariteit geacht wordt te bestaan indien er tussen een Eurotransplantland en wederkerige *twinning*-overeenkomst bestaat met een non-Eurotransplantland.

⁵³⁵⁹ Vgl. Eurotransplant Manual, [versie 4.0., 2014], www.eurotransplant.org, nr. 2.1.5.1.; J.F. CHILDRESS, o.c. in J.F. BLUMSTEIN en F.A. SLOAN (eds.), *Organ transplantation policy*, 1989, (87) 106; J. KLEINIG, "Organ Transplants: The Just and Human Expectations of Nonresidents", *Transpl. Proc.* 1989, (3430) 3430-3431; P. MICHELSEN, "Unlimited Admission of Patients to the Waiting List for Transplantation" in W. LAND en J.B. DOSSETOR (eds.), *Organ Replacement Therapy*, 1991, (364) 366-367; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 453; M.-C. FORTIN en B. WILLIAMS-JONES, "Should we perform kidney transplants on foreign nationals?", *J. Med. Ethics* 2013, (821) 824.

⁵³⁶⁰ B. HAASE-KROMWIJK, F. DU PRÉ en B. COHEN, o.c., *J. Health Serv. Res. Policy* 1997, (168) 172; GwH 24 april 2008, *T. Gez.* 2008-09, 137, noot A.V.

⁵³⁶¹ A.M. GOLDBERG, M. SIMMERLING en J.E. FRADER, "Why Nondocumented Residents Should Have Access to Kidney Transplantation: Arguments for Lifting the Federal Ban on Reimbursement", *Transplantation* 2007, (17) 18; J.T. EBERL en P.R. HELFT, "Le modèle américain" in M.-J. THIEL (ed.), *Donner, recevoir un organe*, 2009, (31) 42; M.-C. FORTIN en B. WILLIAMS-JONES, o.c., *J. Med. Ethics* 2013, (821) 823; I.G. COHEN, "Organs Without Borders? Allocating Transplant Organs, Foreigners, And the Importance of the Nation-State (?)", *Law & Contemp. Probs.* 2014, (175) 188. Zie specifiek over illegale vreemdelingen vs. nationale criminelen: J.T. EBERL en P.R. HELFT, o.c. in M.-J. THIEL (ed.), *Donner, recevoir un organe*, 2009, (31) 40-41.

in termen van orgaandonatie of financiering, maar slechts de publieke perceptie daarvan werd hierboven doorslaggevend geacht.

Een sterker tegenargument is dat er tot nu toe nog geen objectief bewijs (bv. via publieke enquête) werd geleverd dat het Belgische publiek inderdaad dermate negatief zou reageren op een gelijke toegang van vreemdelingen op de wachtlijst.⁵³⁶² Het is dus niet duidelijk in hoeverre dit de donatiebereidheid zou aantasten, wetende dat de donatieweigering ook de ‘eigen’ patiënten kan treffen. Wel is bekend dat er vóór de invoering van artikel 13^{ter} en 13^{quater} Orgaantransplantatiewet een niet verwaarloosbaar aantal vreemdelingen op de Belgische wachtlijsten stond en dit al wel tot enige publieke ontevredenheid aanleiding gaf.⁵³⁶³ Het risico op een negatieve publieke perceptie is dus aannemelijk, maar niet geheel zeker. Dit zwakt het sociaal-utilitaristische argument toch enigszins af.

Ten slotte moet worden opgemerkt dat het utilitaristische argument helemaal wordt afgezwakt indien de vreemdeling zelf een levende donor aanbrengt. Er zullen dan immers geen organen uit de eigen donorpool worden gevist.⁵³⁶⁴

1127. De bovenstaande sociaal-utilitaristische redenering komt m.i. in het bijzonder onder druk te staan in het geval van kinderen van vreemdelingen. Binnen Eurotransplant wordt nu al bij o.a. niertransplantatie voorrang gegeven aan kinderen die wél binnen de grenzen van artikel 13^{ter} Orgaantransplantatiewet vallen⁵³⁶⁵ om redenen van *medische* utiliteit. Er wordt immers aangenomen dat een tijdige niertransplantatie voor kinderen des te grotere gezondheidsbaten zal hebben omdat dit o.a. groeiachterstand en verstoring van de cognitieve ontwikkeling als gevolg van chronische nierinsufficiëntie zal vermijden.⁵³⁶⁶ Dit medisch-utilitaristische argument geldt evengoed voor kinderen van vreemdelingen.⁵³⁶⁷ Bovendien kan worden gesteld dat niet zozeer deze kinderen, maar hun ouders verantwoordelijk zijn voor hun aanwezigheid in België.⁵³⁶⁸ Indien deze kinderen op de Belgische wachtlijst zouden worden

⁵³⁶² Vgl. I.G. COHEN, o.c., *Law & Contemp. Probs.* 2014, (175) 183-184 en 186; M.-C. FORTIN en B. WILLIAMS-JONES, o.c., *J. Med. Ethics* 2013, (821) 824. Zie ook: Advies van de Raad van State bij Erratum KB van 24 november 1997 betreffende het wegnemen en toewijzen van organen van menselijke oorsprong, *BS* 26 mei 1998, nr. 5.3.1. en Advies van de Raad van State, *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 51-2680/1, 18, waar werd gesteld dat er onvoldoende feitelijke gegevens gekend zijn om de gevolgen van de uitsluiting van vreemdelingen met zekerheid te kunnen beoordelen.

⁵³⁶³ Het betrof vooral Italiaanse patiënten. Zie: *Vr. en Antw.* Senaat 1990-91, 12 februari 1990, (Vr. nr. 54 VALKENIERS); P. MICHIELSEN, “Criteria for selecting organ donors and recipients”, *Health Policy* 1990, (117) 121; B. HAASE-KROMWIJK, F. DU PRÉ en B. COHEN, o.c., *J. Health Serv. Res. Policy* 1997, (168) 169.

⁵³⁶⁴ Vgl. A.M. GOLDBERG, M. SIMMERLING en J.E. FRADER, o.c., *Transplantation* 2007, (17) 18-19; M.-C. FORTIN en B. WILLIAMS-JONES, o.c., *J. Med. Ethics* 2013, (821) 822; GwH 24 april 2008, *T. Gez.* 2008-09, (137) 141, noot A.V.

⁵³⁶⁵ Doorgaans geldt slechts voor kinderen onder 16 jaar. Zie: Eurotransplant Manual, [versie 3.0., 2013], www.eurotransplant.org, nrs. 4.2.2.4. en 4.3.1. (pediatrische bonus voor nieren), 5.1.1.2.4., 5.2.3. en 5.4.2. (lever), 6.1.1.7. en 6.2.1.7. (hart en hart-long) en 6.3.1.4. (longen).

⁵³⁶⁶ B. CORTEVILLE en A. RAES, “Niertransplantatie bij adolescenten: ethisch dilemma?”, *T. Gen.* 2012, (37) 37 en 39, die evenwel kritisch is omwille van de grote mate van therapieontrouw onder de jongerenpopulatie; K. CRANSBERG *et al.*, “Kidney Transplantation Without Prior Dialysis in Children: The Eurotransplant Experience”, *Am. J. Transpl.* 2006, 1858-1864; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 160-161 en 162. Zie ook: P. SCHOTSMANS, “Kinderen hebben ook organen nodig” in K. DIERICKX *et al.*, *Kinderen niet toegelaten? Ethisch verantwoord omgaan met kinderen in de geneeskunde*, Leuven, Davidsfonds Uitgeverij, 2010, (55) 63, die meent dat kinderen voorrang verdienen omdat schaarse organen in kinderen langer kunnen functioneren, omdat kinderen extra kwetsbaar zijn en omdat ze de toekomst uitmaken; Memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, 22.358, 29, waar kinderen wegens de ernstige gevolgen van het uitblijven van niertransplantatie als een geval van medische urgentie worden gezien. Zie daarentegen *contra* de voorrang aan pediatrische nierpatiënten: L. CAPITAIN *et al.*, “Pediatric priority in kidney allocation: challenging its acceptability”, *Transpl. Int.* 2014, 533-540.

⁵³⁶⁷ A.M. GOLDBERG, M. SIMMERLING en J.E. FRADER, o.c., *Transplantation* 2007, (17) 19; M.-C. FORTIN en B. WILLIAMS-JONES, o.c., *J. Med. Ethics* 2013, (821) 824.

⁵³⁶⁸ Vgl. A.M. GOLDBERG, M. SIMMERLING en J.E. FRADER, o.c., *Transplantation* 2007, (17) 19, die ook stellen dat dit slechts een beperkte impact zal hebben op de wachttijd, aangezien er slechts een beperkt aantal kinderen van vreemdelingen op wachtlijst staan; M.-C. FORTIN en B. WILLIAMS-JONES, o.c., *J. Med. Ethics* 2013, (821) 824, die ook menen dat deze kinderen op termijn vaak wel deel zullen uitmaken van de samenleving.

toegelaten, lijkt een daling van de donatiebereidheid wegens negatieve publieke perceptie dus minder waarschijnlijk. Op basis van het gelijkheids- en non-discriminatieprincipe⁵³⁶⁹ lijkt bijgevolg een uitzondering op artikel 13^{ter} Orgaantransplantatiewet voor kinderen van vreemdelingen verdedigbaar.

1128. Naast het utiliteitsprincipe zijn ook nog andere ethische principes van belang. Zo pleit het billijkheidsprincipe voor voorrang aan de kandidaat-ontvangers die het slechtste af zijn. In bepaalde gevallen zou een volledige uitsluiting van vreemdelingen bijgevolg strijdig kunnen zijn met dit principe en dus strijdig zijn met een legitiem maatschappelijk doel. Dit zal met name het geval zijn voor vreemdelingen die dringend een levensreddende transplantatie behoeven.⁵³⁷⁰ Weliswaar komt de Belgische regelgeving hieraan enigszins tegemoet via artikel 13^{quater} Orgaantransplantatiewet⁵³⁷¹ en de rechtvaardigingsgrond van de ‘noodtoestand’.⁵³⁷²

Het autonomieprincipe pleit ten slotte voor individuele vrijheid. Bij de uitsluiting van vreemdelingen wordt deze vrijheid ingeperkt in de zin dat ze niet meer een orgaantransplantatie kunnen ondergaan bij het transplantatiecentrum van hun keuze. Zo mogelijk moeten ze dus naar een verder gelegen of minder deskundig centrum. Deze vrijheidsinperking lijkt in dit geval echter niet echt op te wegen tegen de behartiging van het utiliteitsprincipe.

3. Voorstel tot een meer evenredige regelgeving

1129. Hierboven werd gesteld dat het ontzeggen van de toegang tot de Belgische wachtlijsten aan vreemdelingen gerechtvaardigd kan worden op basis van een sociaal-utilitaristisch argument, namelijk de bescherming van het orgaanaanbod. Weliswaar wordt ‘nationaliteit’ doorgaans beschouwd als een ‘verdacht’ onderscheidscriterium, wat betekent dat enkel zeer sterke overwegingen ongelijke behandeling op basis van dit criterium zullen rechtvaardigen.⁵³⁷³ *In casu* zal de uitsluiting van vreemdelingen dus enkel evenredig zijn indien ze het orgaanaanbod aanzienlijk beschermt.⁵³⁷⁴ Hierboven werd echter ook gesteld dat het sociaal-utilitaristisch argument wordt afgezwakt wegens onvoldoende bewijs van causaal verband tussen de toegang van vreemdelingen tot de wachtlijst en het orgaanaanbod. Dit leidt redelijkerwijze tot de conclusie dat de absolute uitsluiting van vreemdelingen in artikel 13^{ter} Orgaantransplantatiewet in principe een onevenredige maatregel is. Volgens het evenredigheidsvereiste zal deze bepaling dan ook moeten worden afgezwakt. Dit kan m.i. *grosso modo* via twee benaderingen gebeuren.

Volgens de eerste benadering wordt het principe van uitsluiting van vreemdelingen verlaten, maar wordt in de wet nog wel een vorm van toezicht uitgewerkt. Dergelijk systeem wordt bv. gehanteerd door het Amerikaanse OPTN. Vreemdelingen kunnen er op gelijke voet op de wachtlijst worden geplaatst, maar er verschijnt hierover wel jaarlijks een openbaar

⁵³⁶⁹ Zie specifiek voor kinderen: art. 2 *iuncto* 24 Kinderrechtenverdrag.

⁵³⁷⁰ Zie uitgebreider over het urgentiecriterium als concretisering van het billijkheidsprincipe: *infra* Afd. 3, § 2, C van dit Hoofdstuk.

⁵³⁷¹ Vgl. Advies van de Raad van State, *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 51-2680/1, 20; GwH 24 april 2008, *T. Gez.* 2008-09, (137) 138, noot A.V.

⁵³⁷² Zie *supra* A.2.b. van deze paragraaf.

⁵³⁷³ Advies van de Raad van State bij Erratum KB van 24 november 1997 betreffende het wegnemen en toewijzen van organen van menselijke oorsprong, *BS* 26 mei 1998, nr. 5.3.2.; Advies van de Raad van State, *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 51-2680/1, 17; G. GOEDERTIER, o.c. in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM. Deel 2. Vol. II*, 2004, (127) 181-182; M. SAN GIORGI, *The Human Right to Equal Access to Health Care*, 2012, 158-164 en 168-172.

⁵³⁷⁴ Volgens de Raad van State veronderstelt het evenredigheidsbeginsel dat de uitsluiting leidt tot een *kennelijke* verhoging van de kansen van de patiënten waarvoor België moet instaan: Advies van de Raad van State bij Erratum KB van 24 november 1997 betreffende het wegnemen en toewijzen van organen van menselijke oorsprong, *BS* 26 mei 1998, nr. 5.3.1. en Advies van de Raad van State, *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 51-2680/1, 17-19.

rapport.⁵³⁷⁵ Hieruit is reeds gebleken dat slechts een beperkt aantal patiënten op de wachtlijst vreemdelingen zijn (zo'n 0,3 à 0,7 %).⁵³⁷⁶ In de praktijk hanteert Eurotransplant reeds een gelijkaardig beleid ten aanzien van de andere Eurotransplantlanden die geen restrictieve regelgeving zoals België hebben.⁵³⁷⁷ Via dergelijk rapporteringssysteem kan via transparantie het vertrouwen van het publiek gewonnen worden.⁵³⁷⁸ Ook kan zo meer bewijs over de gevolgen van vreemdelingen op de wachtlijst worden verzameld en kan alsnog tot een restrictievere regeling worden overgegaan indien vast komt te staan de toegang van vreemdelingen het orgaanaanbod inderdaad nefast beïnvloedt wegens negatieve publieke perceptie.⁵³⁷⁹ Wel kunnen beleidsbeslissingen dan redelijkerwijze slechts op de publieke opinie gesteund worden indien het publiek voldoende gesensibiliseerd en geïnformeerd is.⁵³⁸⁰ Hoe dan ook zou dit systeem niet verhinderen dat bepaalde vreemdelingen nog steeds toegang tot de wachtlijst worden ontzegd, bv. omdat in hun thuisland niet de nodige nazorg beschikbaar is en de orgaantransplantatie uiteindelijk dus toch maar op een mislukking zou uitdraaien.⁵³⁸¹

Volgens de tweede benadering kan het principe van uitsluiting van vreemdelingen worden behouden, maar wordt de lijst van uitzonderingen verduidelijkt en uitgebreid. Een verduidelijking is dan met name wenselijk wat betreft de noodgevallenexceptie⁵³⁸² en de niet-toepasbaarheid van art. 13ter Orgaantransplantatiewet op organen van levende donoren⁵³⁸³. De uitbreiding kan met name bestaan uit een uitzondering voor kinderen⁵³⁸⁴ en de herinvoering van de toegang tot Belgische wachtlijsten voor 'surplusorganen'⁵³⁸⁵. Aangezien het risico op een negatieve reactie van het publiek in België toch enigszins aannemelijk mag worden geacht, kan m.i. voorlopig best deze tweede benadering gevolgd worden.

§ 3. KLINISCHE ONTVANGERSELECTIE

A. Diagnostische en therapeutische vrijheid

1130. Volgens artikel 10/3, lid 1, 9° KB Transplantatiecentra moet ieder transplantatiecentrum een werkprocedure uitwerken voor de inschrijving van kandidaat-ontvangers op de wachtlijst

⁵³⁷⁵ A.K. GLAZIER, G.M. DANOVIČH en F.L. DELMONICO, o.c., *Am. J. Transpl.* 2014, (1740) 1741-1742; OPTN Policy 5.4.A en 17.1, www.optn.transplant.hrsa.gov.

⁵³⁷⁶ A.K. GLAZIER, G.M. DANOVIČH en F.L. DELMONICO, o.c., *Am. J. Transpl.* 2014, (1740) 1742.

⁵³⁷⁷ Eurotransplant Manual, [versie 4.0., 2014], www.eurotransplant.org, nrs. 2.1.5.1., 2.1.5.3.1. en 2.1.5.6.

⁵³⁷⁸ A.K. GLAZIER, G.M. DANOVIČH en F.L. DELMONICO, o.c., *Am. J. Transpl.* 2014, (1740) 1740 en 1743.

⁵³⁷⁹ Sommigen denken hierbij aan een 'quota-systeem', waarbij slechts een bepaald percentage (anders dan 0%) van de patiënten op de wachtlijst uit vreemdelingen mag bestaan (A.M. GOLDBERG, M. SIMMERLING en J.E. FRADER, o.c., *Transplantation* 2007, (17) 19; M.-C. FORTIN en B. WILLIAMS-JONES, o.c., *J. Med. Ethics* 2013, (821) 823-824 en 825; J. KLEINIG, o.c., *Transpl. Proc.* 1989, (3430) 3430-3431). Tenzij kan worden aangetoond bij welk percentage het orgaanaanbod niet zou worden aangetast, komt het bepalen van dit percentage echter over als een arbitraire aangelegenheid (vgl. Eurotransplant Manual, [versie 4.0., 2014], www.eurotransplant.org, nr. 2.1.5.1.). Er kan dan beter worden teruggekeerd naar een principiële uitsluiting, al dan niet met uitzonderingsvoorwaarden.

⁵³⁸⁰ Vgl. R.H. BLANK, *Rationing Medicine*, 1988, 177-179.

⁵³⁸¹ Vgl. M.-C. FORTIN en B. WILLIAMS-JONES, o.c., *J. Med. Ethics* 2013, (821) 824. Zie algemeen over het zinloze karakter van de orgaantransplantatie als reden voor de weigering van toegang tot de wachtlijst: *infra* B van deze paragraaf.

⁵³⁸² Cf. *supra* A.1.b van deze paragraaf. Vgl. in die zin ook: M.-C. FORTIN en B. WILLIAMS-JONES, o.c., *J. Med. Ethics* 2013, (821) 825; I.G. COHEN, o.c., *Law & Contemp. Probs.* 2014, (175) 203; O. GUILLOD, o.c. in E. BROSSET (ed.), *Droit européen et protection de la santé*, 2015, (327) 344.

⁵³⁸³ Zie *supra* § 1, B en § 2, A.2.c. van deze Afdeling. Zie reeds: *Vr. en antw.* Kamer 1993-94, 18 november 1993, (Vr. nr. 235 DE MAN).

⁵³⁸⁴ Zie *supra* B.2. van deze paragraaf.

⁵³⁸⁵ Zie *supra* A.2.a. van deze paragraaf. Dergelijke regeling geldt nu reeds in het Verenigd Koninkrijk: K. ZALEWSKA, "Introduction To Patient Selection And Allocation Policies (POL200/2.1)", www.odt.nhs.uk, 7; M.-C. FORTIN en B. WILLIAMS-JONES, o.c., *J. Med. Ethics* 2013, (821) 822, die echter zelf hiertegen gekant zijn (p. 825). Zie ook: J.M. PROTTAS, o.c., *Transpl. Proc.* 1989, (3426) 3426; I.G. COHEN, o.c., *Law & Contemp. Probs.* 2014, (175) 185; O. GUILLOD, o.c. in E. BROSSET (ed.), *Droit européen et protection de la santé*, 2015, (327) 344.

van dat centrum.⁵³⁸⁶ Deze werkprocedure moet in het bijzonder de criteria die bij de inschrijving gehanteerd worden, specificeren. Afwijking⁵³⁸⁷ van deze criteria kan enkel op gemotiveerde wijze, wat in de werkprocedure nader moet worden geregeld. De toepassing van de wachtlijstcriteria moet telkens gebeuren bij multidisciplinair overleg voorafgaand aan de inschrijving op de wachtlijst.⁵³⁸⁸ De manier waarop dit overleg plaatsvindt, moet eveneens in de werkprocedure worden omschreven. Deze (erkenning-)voorwaarden bevorderen duidelijk de procedurele rechtvaardigheid.

1131. Aan de inhoudelijke, distributieve rechtvaardigheid werd daarentegen minder aandacht besteed. Buiten het administratieve criterium van artikel 13^{ter} Orgaantransplantatiewet werden immers noch bij wet, noch bij KB concrete inhoudelijke criteria voor de wachtlijstinschrijving opgelegd. Eurotransplant hanteert evenmin officiële criteria voor de plaatsing op de wachtlijst.⁵³⁸⁹ Het bepalen van de wachtlijstcriteria valt bijgevolg onder de diagnostische en therapeutische vrijheid van de arts (art. 31 Wet Uitoefening Gezondheidszorgberoepen).⁵³⁹⁰ Ieder transplantatiecentrum is in principe dus vrij om te bepalen op basis van welke indicaties het zijn kandidaat-ontvangers selecteert voor transplantatie.⁵³⁹¹

De diagnostische en therapeutische vrijheid kan evenwel worden beperkt door de algemene zorgvuldigheidsnorm uit het aansprakelijkheids- en strafrecht.⁵³⁹² Dit houdt in dat de ontvangerselectie moet overeenstemmen met het gedrag van een normaal, voorzichtig arts/transplantatiecentrum, geplaatst in dezelfde omstandigheden. Met betrekking tot de klinische ontvangerselectie leidt de algemene zorgvuldigheidsnorm tot twee belangrijke aandachtspunten: het vereiste van evenredigheid (*infra* B) en de eerbiediging van het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel (*infra* C).

B. Evenredigheid van de fysieke aantasting

1132. Evenredigheid of proportionaliteit houdt in dat de voordelen van de orgaantransplantatie voor de kandidaat-ontvanger moeten opwegen tegen de nadelen.⁵³⁹³ Dit wil zeggen dat de arts zijn aansprakelijkheid ten aanzien van de ontvanger in het gedrang brengt indien hij zou

⁵³⁸⁶ Deze werkprocedure is onderdeel van het kwaliteitshandboek van dat centrum. Zie ook al over de nood aan specifieke protocollen voor beslissingen over de toegang tot de wachtlijst: Advies over het programma inzake de erkenningcriteria van de centra voor orgaantransplantatie van 10 september 1998 van de Nationale Raad voor Ziekenhuisvoorzieningen, www.health.belgium.be, 3.

⁵³⁸⁷ Er kan immers worden aangenomen dat geen enkele werkprocedure iedere klinisch denkbare situatie zal voorzien en dat een te rigide naleving ervan tot onrechtvaardigheden kan leiden. Vgl. K. ZALEWSKA, "Introduction To Patient Selection And Allocation Policies (POL200/2.1)", www.odt.nhs.uk, 13.

⁵³⁸⁸ Vraag van de heer Philippe Blanchart aan de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid over "de begeleiding van personen die op een transplantatie wachten" (nr. 4135), *Hand.* Kamer 2014-15, CRIV 54 COM 187, 9. Zie specifiek voor hart- en hartlongtransplantatie: art. 42, lid 2, 1° KB Cardiale Pathologie. Vgl. daarentegen voor medische handelingen in het algemeen: art. 4 Wet Patiëntenrechten, waar multidisciplinair overleg slechts als een mogelijkheid wordt beschouwd.

⁵³⁸⁹ Eurotransplant Manual, [versie 3.0., 2013], www.eurotransplant.org, nrs. 1.3.3. en 2.1.1. (met een uitzondering voor kandidaat-ontvangers van een pancreas; zie nrs. 2.1.1.2.1. en 7.1.1.).

⁵³⁹⁰ Vgl. Mondelinge vraag van de heer Philippe MAHOUX aan de vice-eerste minister en minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid over "de fraude bij orgaantransplantaties in Duitsland", *Hand.* Senaat 2012-13, 10 januari 2013, nr. 5-772; Advies nr. 60 van 27 januari 2014 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, <http://www.health.belgium.be>, 18.

⁵³⁹¹ Vgl. Human Organ Transplantation in Europe: an Overview", <http://ec.europa.eu/health>, 13-14, waar onderzoek uitwees dat de criteria voor inclusie op de wachtlijst ook in de rest van Europa doorgaans beheerst worden door niet-bindende professionele richtlijnen.

⁵³⁹² Zie reeds *supra* Deel IV, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, D.1. Vgl. Advies nr. 60 van 27 januari 2014 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, <http://www.health.belgium.be>, 14-15.

⁵³⁹³ H.J.J. LEENEN, "Gezondheidsrechtelijke aspecten van orgaantransplantatie", *NJB* 1978, (871) 871. Vgl. ook: D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 427; Advies nr. 60 van 27 januari 2014 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, <http://www.health.belgium.be>, 14-15. Zie voor een uitgebreidere theoretische situering van het evenredigheidsvereiste: *supra* Deel IV, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, D.

overgaan tot een onnodig risicovolle, dan wel zinloze transplantatie.⁵³⁹⁴ De inschrijving op de wachtlijst kan dan geweigerd, geschorst of geschrapt worden.⁵³⁹⁵ De beoordeling van de evenredigheid moet worden gebaseerd op zowel lichamelijke, als psychosociale parameters. Ook na inschrijving op de wachtlijst moeten deze parameters opgevolgd worden om de wachtlijst steeds up-to-date te houden.⁵³⁹⁶

De lichamelijke parameters betreffen onder meer de anamnese, de resultaten van fysieke onderzoeken (inclusief biopsies, radiografieën e.d.), de resultaten van immunologische onderzoeken en de resultaten van een eventuele behandeling ter voorbereiding van de transplantatie (bv. een kankerbehandeling).⁵³⁹⁷ Enerzijds zijn deze parameters erop gericht om te achterhalen of de gezondheidstoestand van de patiënt voldoende ernstig is opdat de baten van transplantatie opwegen tegen de risico's van de chirurgische ingreep en van het post-operatieve immuunsuppressieregime. Indien de patiënt niet ziek genoeg is of indien er minder risicovolle alternatieven bestaan, dan zal transplantatie (nog) niet geïndiceerd zijn wegens een onnodig risicovol karakter.⁵³⁹⁸ Anderzijds zijn de lichamelijke parameters er eveneens op gericht om te achterhalen of de patiënt niet té ziek is geworden om nog met succes een orgaantransplantatie te ondergaan.⁵³⁹⁹ Ook dan zal transplantatie niet (langer) geïndiceerd zijn, ditmaal wegens het mogelijk zinloze karakter.⁵⁴⁰⁰

De psychosociale parameters betreffen onder meer psychopathologieën (o.a. depressies, psychoses en afhankelijkheid van middelen zoals alcohol of drugs), persoonlijkheid, *coping*-vermogen, ziekteinzicht, eerdere therapie(on)trouw en beschikken over sociale steun.⁵⁴⁰¹ Deze parameters zijn in belangrijke mate gericht op het voorspellen van de post-operatieve therapietrouw (vooral correcte inname van immunosuppressiva, maar ook voedingsadviezen, abstinentie van schadelijke middelen zoals alcohol, opdagen op *follow-up* afspraken e.d.).⁵⁴⁰²

⁵³⁹⁴ J.F. LEAVELL, "Legal problems in organ transplants", *Miss. L.J.* 1973, (865) 889 e.v. en 895. Zie echter: Advies nr. 60 van 27 januari 2014 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, <http://www.health.belgium.be>, 16-17, waar de opportuniteit van een *a posteriori*-beoordeling door een rechter wordt betwijfeld.

⁵³⁹⁵ Vgl. G. ANNAS, *The rights of patients*, New York, New York University Press, 2004 (3^{de} ed.), 291; GEZONDHEIDSRaad, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, Den Haag, Gezondheidsraad, 2003, nr. 2003/1, 43.

⁵³⁹⁶ Cf. Art. 1.k Bijlage KB Nierinsufficiëntie (verplichting tot halfjaarlijkse evaluatie van de transplanteerbaarheid); Eurotransplant Manual, [versie 3.0., 2013], www.eurotransplant.org, nr. 2.1.2.; Recommendation Rec(2001)5 of 7 march 2001 of the Committee of Ministers to member states on the management of organ transplant waiting lists and waiting times, <http://www.coe.int>, nr. 8. Vgl. 42 CFR § 482.94(b); K. ZALEWSKA, "Introduction To Patient Selection And Allocation Policies (POL200/2.1)", www.odt.nhs.uk, 7.

⁵³⁹⁷ Bv. B. VAN HAELEWIJCK, *Don d'organes. Don de tissus*, Brussel, Kluwer, 2002, 61 e.v. en 75; A. HUMAR en A.J. MATAS, "Kidney Transplantation" in A. HUMAR, A.J. MATAS en W.D. PAYNE (eds.), *Atlas of Organ Transplantation*, Londen, Springer, 2006, (91) 92.

⁵³⁹⁸ T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 11 en 160; F. DOBBELS, J. VANHAECKE en S. DE GEEST, "Impact van psychosociale en gedragsfactoren op outcome na orgaantransplantatie: evidentie voor pretransplant screening", *A. Hosp.* 2005, (47) 49; D. RICHARDS, o.c., *S. Cal. L. Rev.* 2013, (151) 160-161. Bv. *Burrows v. Neubarth*, 2009 WL 173859 (U.S. Distr. C. Cal.), waar de nierfunctie nog te goed werd geacht om het risico van het nemen van immunosuppressiva na niertransplantatie te verantwoorden.

⁵³⁹⁹ Bv. Rb. Brussel 21 november 2011, *JLMB* 2013, 797, waar he uitstellen van een levertransplantatie om eerst een coarctatie van de aorta te behandelen, niet als foutief wordt beschouwd.

⁵⁴⁰⁰ Vgl. T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 170-171; B. DICKENS, o.c. in A. GRUBB (ed.), *Principles of medical law*, 2004 (2^{de} ed), (1025) 1075; D. RICHARDS, o.c., *S. Cal. L. Rev.* 2013, (151) 160-161; T.D. SCHIANO en R. RHODES, "Transplant Tourism" in D. BOTTERILL, G. PENNINGNS en T. MAINIL, *Medical Tourism and Transnational Health Care*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2013, (113) 118.

⁵⁴⁰¹ C. CORBETT et al., "Mental Health Disorders and Solid-Organ Transplant Recipients", *Transplantation* 2013, (593) 594; C. POPPE, "Transplantatiepatiënten: psychologische evaluatie en begeleiding", *T. Gen.* 2014, (1024) 1025-1026; F. DOBBELS, J. VANHAECKE en S. DE GEEST, o.c., *A. Hosp.* 2005, (47) 52-53; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 11, 38-39, 161 en 172.

⁵⁴⁰² C. CORBETT et al., o.c., *Transplantation* 2013, (593) 594; C. POPPE, o.c., *T. Gen.* 2014, (1024) 1024 en 1026, waar melding wordt gemaakt van therapietrouw in 20% à 50% van de gevallen; S. FRANK, "Eligibility Discrimination of the Intellectually Disabled in Pediatric Organ Transplantation", *J. Health & Biomedical L.* 2014, www.westlawinternational.com, (1) 5; B. VAN HAELEWIJCK, *Don d'organes. Don de tissus*, 2002, 75 en 78; F. DOBBELS, J. VANHAECKE en S. DE GEEST, o.c., *A. Hosp.* 2005, (47) 47 en 49 en 50; B. CORTEVILLE en A. RAES, o.c., *T. Gen.* 2012, (37) 40; E.K. MASSEY, F. DOBBELS en M.A. DEW, "Issues in Adherence to Lifestyle and Medication Regimen after Solid Organ Transplantation" in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2011, (355) 355 en 356, 358-359 en 361.

Therapieontrouw kan immers het succes van de transplantatie ernstig aantasten of zelfs teniet doen, zodat van een zinloze transplantatie kan worden gesproken. In eerste instantie moet evenwel geprobeerd worden om via (bijkomende) psychologische of psychiatrische begeleiding de eventuele psychosociale contra-indicaties te verhelpen.⁵⁴⁰³ Pas wanneer dat niet mogelijk blijkt, zal uitsluiting van de wachtlijst evenredig zijn.⁵⁴⁰⁴ Er bestaat voorlopig echter relatief weinig wetenschappelijke eenduidigheid over de relevante criteria voor een psychosociale beoordeling van transplantatiekandidaten, zodat meer onderzoek vereist is.⁵⁴⁰⁵

1133. Omgekeerd impliceert de evenredigheidsvoorwaarde ook dat de arts zijn aansprakelijkheid ten aanzien van de ontvanger eveneens in het gedrang kan brengen indien de transplantatie redelijkerwijze zinvol of zelfs noodzakelijk is, maar de arts (bv. wegens de intentie om de wachtlijst beperkt te houden⁵⁴⁰⁶ of wegens een laattijdige of foutieve diagnose) niet tot inschrijving op de wachtlijst is overgegaan. In dit laatste geval zal het evenwel moeilijk zijn om het causaal verband tussen de fout van de arts en de verergering van de toestand van de kandidaat-ontvanger te bewijzen, aangezien maar moeilijk kan worden voorspeld of deze patiënt tijdig een orgaan zou hebben gekregen.⁵⁴⁰⁷ Er zal dan slechts schadevergoeding gevorderd kunnen worden voor het verlies van een kans op transplantatie.⁵⁴⁰⁸

C. *Non-discriminatie*

1134. Naast het evenredigheidsvereiste moet het transplantatiecentrum bij de ontvangerselectie eveneens de Antidiscriminatiwet naleven.⁵⁴⁰⁹ Dit houdt in dat de ontvangerselectie enkel gerechtvaardigd is indien ze berust op een objectief criterium dat een legitiem doel dient en niet verder gaat dan nodig om dit doel te bereiken. Bij deze rechtvaardigingstoets moet het transplantatiecentrum zich laten leiden door de principes van billijkheid, utiliteit en autonomie.⁵⁴¹⁰ Uitsluiting van de wachtlijst zonder dergelijke rechtvaardiging is discriminatie en kan leiden tot de aansprakelijkheid van het centrum.

Vooraf ten aanzien van psychosociale selectiecriteria vormt de rechtvaardigingstoets een uitdaging. In de literatuur werd er al meermaals op gewezen dat er subjectieve sociale

⁵⁴⁰³ F. DOBBELS, J. VANHAECKE en S. DE GEEST, *o.c.*, *A. Hosp.* 2005, (47) 53-54; K. ZALEWSKA, "Introduction To Patient Selection And Allocation Policies (POL200/2.1)", www.odt.nhs.uk, 10-11; T.L. BEAUCHAMP en J.F. CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, 2001 (5de ed.), 267. Zie in het bijzonder over adolescenten, waarbij therapieontrouw frequent voorkomt: B. CORTEVILLE en A. RAES, *o.c.*, *T. Gen.* 2012, (37) 40; P. SCHOTSMANS, *o.c.* in K. DIERICKX *et al.*, *Kinderen niet toegelaten?*, 2010, (55) 61.

⁵⁴⁰⁴ Bv. *Candelaria v. Baker*, 2005 WL 857067 (US Distr. C. NY) (een hoog risico op therapie-ontrouw is een legitieme medische reden om de patiënt van de nierwachtlijst te halen); *Huerta v. Bioscrip Pharmacy Services*, 2011 WL 2689014 (C.A.10(N.M.)) (vermoeden van therapieontrouw bij inname van immunosuppressiva verhindert wegens gebrek aan causaal verband de aansprakelijkheid van de arts die de ontvanger afwijst).

⁵⁴⁰⁵ F. DOBBELS, J. VANHAECKE en S. DE GEEST, *o.c.*, *A. Hosp.* 2005, (47) 52-53; E.K. MASSEY, F. DOBBELS en M.A. DEW, *o.c.* in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2011, (355) 358-359 en 361; C. CORBETT *et al.*, *o.c.*, *Transplantation* 2013, (593) 593-594 en 599; C. POPPE, *o.c.*, *T. Gen.* 2014, (1024) 1024, 1027 en 1028.

⁵⁴⁰⁶ K. ZALEWSKA, "Introduction To Patient Selection And Allocation Policies (POL200/2.1)", www.odt.nhs.uk, 5; M.F. ANDERSON, *o.c.*, *Health Matrix* 1995, vol. 5, (249) 270-271; M. BUIJSEN, "Ongelijke behandeling in de Nederlandse gezondheidszorg. Te rechtvaardigen of niet?", *NJ* 2009, (609) 612. Zie ook: L. CAPITAIN, *Financial and commodity scarcity in health care*, 2014, 34-35, die dergelijke praktijk ethisch gezien dubieus acht.

⁵⁴⁰⁷ Vgl. T.D. OVERCAST, "Legal Aspects of Transplantation" in G.J. CERILLI (ed.), *Organ Transplantation and Replacement*, Philadelphia, Lippincott, 1988, (703) 705.

⁵⁴⁰⁸ Vgl. *Perkins v. Hansen*, 79 A.3d 342 (Col. CA, 2013) (aansprakelijkheidsvordering wegens laattijdige plaatsing op de leverwachtlijst). Zie algemeen over de verlies van een kans-theorie.

⁵⁴⁰⁹ Zie reeds over het toepassing van deze wet *supra* Afd. 1, § 1, B van dit Hoofdstuk.

⁵⁴¹⁰ Cf. *supra* Afd. 1, § 2, A van dit Hoofdstuk. Zie ook: G.J. ANNAS, *o.c.*, *Am. J. Pub. Health* 1985, (187) 1883; Advies nr. 60 van 27 januari 2014 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, <http://www.health.belgium.be>, 17; S. FRANK, *o.c.*, *J. Health & Biomedical L.* 2014, www.westlawinternational.com, (1) 2.

waardeoordelen van de arts in deze criteria verscholen kunnen zitten.⁵⁴¹¹ Ter illustratie van deze problematiek zal iets dieper worden ingegaan op twee gevoelige selectiecriteria: mentale handicap (*infra* 1) en alcoholmisbruik (*infra* 2).

1. Mentale handicap

1135. De vraag is of het louter bestaan van een mentale handicap op zich een aanvaardbare reden is om de plaatsing op de wachtlijst te weigeren. Een mogelijk argument voor de uitsluiting van mentaal gehandicapten zou kunnen zijn dat schaarse organen niet verspild mogen worden aan patiënten die wegens hun beperkte geestesvermogens minder aan de samenleving kunnen bijdragen dan patiënten met een gezonde geest. Deze visie zou dan gebaseerd zijn op het principe van sociale utiliteit.

Dit sociaal-utilitaristische argument overtuigt echter niet. Vrijwel unaniem wordt mentale handicap op zich wegens discriminatie afgewezen als uitsluitingscriterium.⁵⁴¹² Of een mentale handicap inderdaad een nuttige bijdrage aan de samenleving verhindert, zal immers niet steeds objectief kunnen worden bepaald.⁵⁴¹³ Bovendien vereist het billijkheidsprincipe dat patiënten met een onverdiend nadeel, *in casu* een mentale handicap, gelijke kansen krijgen zodat het nadeel wordt gecompenseerd.⁵⁴¹⁴

1136. Weliswaar kan de mentale handicap ertoe leiden dat de patiënt niet in staat is om de behandelingsinstructies (bv. het correct innemen van immunosuppressiva) na te leven.⁵⁴¹⁵ Aldus kan mentale handicap een contra-indicatie zijn voor een succesvolle transplantatie. In die zin kan het bestaan van een mentale handicap alsnog een reden tot uitsluiting van de wachtlijst zijn.⁵⁴¹⁶ Deze visie is gebaseerd op het principe van medische utiliteit.

Indien mentale handicap binnen deze visie echter als een *absolute* contra-indicatie zou worden gehanteerd, dan rijzen alsnog gelijkaardige bezwaren als bij de bovenstaande sociaal-utilitaristische visie. Onder het mom van een objectieve medische reden⁵⁴¹⁷ kan de uitsluiting van de wachtlijst nog steeds zijn ingegeven door een subjectief oordeel over de sociale minderwaardigheid van de mentaal gehandicapte.⁵⁴¹⁸ Nochtans is mentale handicap niet de enige factor die therapietrouw kan voorspellen. Zo zal er desondanks de mentale handicap toch

⁵⁴¹¹ H.J.J. LEENEN, *o.c.*, *TvGR* 1980, (243) 250 en 251; G.J. ANNAS, *o.c.*, *Am. J. Pub. Health* 1985, (187) 188; P. MICHELSSEN, *o.c.*, *Health Policy* 1990, (117) 118; D. RICHARDS, *o.c.*, *S. Cal. L. Rev.* 2013, (151) 154 en 158-159; S. FRANK, *o.c.*, *J. Health & Biomedical L.* 2014, www.westlawinternational.com, (1) 1 en 5; T.L. BEAUCHAMP en J.F. CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, 2001 (5de ed.), 266; A. CAPLAN *et al.*, *Trafficking in organs, tissues and cells and trafficking in human beings for the purpose of the removal of organs*, Joint Council of Europe/United Nations study, 2009, www.coe.int, 32. Zie ook al *supra* Afd. 1, § 2, A.2. van dit Hoofdstuk.

⁵⁴¹² Recommendation Rec(2001)5 of 7 march 2001 of the Committee of Ministers to member states on the management of organ transplant waiting lists and waiting times, <http://www.coe.int>, nr. 5; Resolutie van het Europees Parlement van 22 april 2008 over orgaandonatie en –transplantatie: beleidsmaatregelen op EU-niveau (2007/2210(INI)), *Pb. C.* 29 oktober 2009, afl. 259, 4; H.D.C. ROSCAM ABBING, *o.c.*, *Health Policy* 1990, (105) 110; B. DICKENS, *o.c.* in A. GRUBB (ed.), *Principles of medical law*, 2004 (2^{de} ed.), (1025) 1075.

⁵⁴¹³ Vgl. D. RICHARDS, *o.c.*, *S. Cal. L. Rev.* 2013, (151) 166-167.

⁵⁴¹⁴ Vgl. art. 3(e), 5 en 25 Gehandicaptenverdrag; THE UNOS ETHICS COMMITTEE, *o.c.*, *Transpl. Proc.* 1992, (2227) 2228; T.L. BEAUCHAMP en J.F. CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, 2001 (5de ed.), 235-236.

⁵⁴¹⁵ Zie reeds *supra* B van deze paragraaf.

⁵⁴¹⁶ D. RICHARDS, *o.c.*, *S. Cal. L. Rev.* 2013, (151) 157. In dezelfde zin: H.J.J. LEENEN, *o.c.*, *TvGR* 1987, (179) 185; R.J. DEVETTERE, *Practical decision making in health care ethics*, 2000, 524; E.A. SANTIAGO-DELPIN, “Ethical Dilemmas: Transplantation in Prisoners and the Mentally Disabled”, *Transpl. Proc.* 2003, (2057) 2059.

⁵⁴¹⁷ Indien deze medische reden echter bestaat uit een vermeend gebrek aan levenskwaliteit, dan zal het veeleer een gevaarlijk subjectieve reden betreffen. Zie: D. RICHARDS, *o.c.*, *S. Cal. L. Rev.* 2013, (151) 184-185, met verwijzing naar de casus van de ontwikkelingsgestoorde Amelia Rivera (2012).

⁵⁴¹⁸ Vgl. T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 162; S. FRANK, *o.c.*, *J. Health & Biomedical L.* 2014, www.westlawinternational.com, (1) 6-7.

een succesvolle transplantatie mogelijk zijn indien de handicap niet zo ernstig is⁵⁴¹⁹ of indien de patiënt beschikt over voldoende sociale steun. Bovendien zou het principe van billijkheid gekrenkt worden indien men niet eerst zoekt naar redelijke maatregelen die het risico van therapieontrouw wegens mentale handicap kunnen compenseren, zoals bv. psychiatrische begeleiding.⁵⁴²⁰ Slechts voor zover een grondige individuele evaluatie van de mentaal gehandicapte uitwijst dat de handicap dermate ernstig is en niets het daarmee gepaard gaande risico op therapieontrouw kan compenseren, zou de wachtlijstinschrijving geweigerd kunnen worden.⁵⁴²¹ Bijgevolg kan mentale handicap hoogstens als een *relatieve* contra-indicatie worden beschouwd. Slechts in die hoedanigheid gaat het om een selectiecriteria met een legitiem doel en een evenredig karakter.

2. Alcoholmisbruik

1137. Één van de belangrijkste redenen voor levertransplantatie is leverfalen veroorzaakt door alcoholmisbruik.⁵⁴²² De rol van alcoholmisbruik als selectiecriteria vereist net iets meer toelichting dan de rol van mentale handicap. De discussie draait hoofdzakelijk rond drie argumenten: eigen fout (*infra a*), medisch succes (*infra b*) en publieke perceptie (*infra c*).

a. Het eigen fout-argument

1138. Gelet op het tekort aan donorlevers lijkt het intuïtief onaanvaardbaar om alcoholici toe te laten tot de wachtlijst voor levertransplantatie. Het stereotype van een alcoholicus gaat er immers vanuit dat alcoholici wegens hun overmatig drankgebruik zelf verantwoordelijk zijn voor hun (lever)ziekte en daarom zelf maar moeten instaan voor de schadelijke gevolgen ervan.⁵⁴²³ Hun uitsluiting van de wachtlijst kan zo de samenleving aanmoedigen om voorzichtiger met alcohol om te gaan en dus sociale voordelen opleveren.⁵⁴²⁴ Dit zou voldoen aan het principe van sociale utiliteit. Een gelijkaardige redenering zou overigens ook aangevoerd worden bij andere ongezonde gedragingen (bv. roken⁵⁴²⁵ of niet innemen van immunosuppressiva na transplantatie⁵⁴²⁶). Hierbij kan telkens een analogie worden gemaakt met de theorie van de ‘eigen fout van het slachtoffer’. Deze leer stelt dat een schadelijder overeenkomstig artikel 1382 BW zijn schade zelf moet dragen indien deze schade is

⁵⁴¹⁹ Bv. D. RICHARDS, *o.c.*, *S. Cal. L. Rev.* 2013, (151) 186-187, met verwijzing naar de casus van Sandra Jensen (1995). Jensen had het syndroom van Down en werd een plaats op de hartwachtlijst geweigerd omdat deze aandoening werd geassocieerd met gebrek aan zelfredzaamheid. Nochtans leefde Jensen zelfstandig en had ze een vaste job. De weigering leidde dan ook tot publieke verontwaardiging, zodat Jensen toch een harttransplantatie kreeg. De post-operatieve therapietrouw verliep uitstekend.

⁵⁴²⁰ Bv. *An Hospital NHS Trust v. S., D.G. and S.G.*, 2003 WL 933572 (High C.J., Fam. Div.); een niertransplantatie bij een 18-jarige jongen met ernstige mentale handicap mag niet uitgesloten worden louter op basis van zijn onvermogen om de operatie te begrijpen of op basis van mogelijke handelbaarheidsproblemen bij de post-operatieve behandeling; door de jongen hierop voor te bereiden en door de steun van zijn naasten zou de post-operatieve behandeling geen onoverkomelijk obstakel voor een succesvolle transplantatie mogen zijn.

⁵⁴²¹ D. RICHARDS, *o.c.*, *S. Cal. L. Rev.* 2013, (151) 156-157, 168 en 177-179; C. CORBETT *et al.*, *o.c.*, *Transplantation* 2013, (593) 599. Zie ook in die zin: THE UNOS ETHICS COMMITTEE, *o.c.*, *Transpl. Proc.* 1992, (2227) 2228; J. MATTHIJS, “Interview met Luc Colenbie, transplantcoördinator aan het UZ Gent”, 15 oktober 2009, www.demaakbaremens.org; S. FRANK, *o.c.*, *J. Health & Biomedical L.* 2014, www.westlawinternational.com, (1) 3 en 10.

⁵⁴²² K. GORLEER, I. COLLE en H. VAN VLIJBERGHE, “Levertransplantatie voor alcoholisch leverlijden: een lagere prioriteit?”, *T. Gen.* 2008, (691) 691; Advies nr. 60 van 27 januari 2014 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, <http://www.health.belgium.be>, 3-4 en 6-7.

⁵⁴²³ Advies nr. 60 van 27 januari 2014 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, <http://www.health.belgium.be>, 20-22; B. SMART, “Fault and the allocation of spare organs”, *J. Med. Ethics* 1994, (26) 27-28.

⁵⁴²⁴ Vgl. B. SMART, *o.c.*, *J. Med. Ethics* 1994, (26) 30; K. SHARKEY en L. GILLAM, “Should patients with self-inflicted illness receive lower priority in access to healthcare resources? Mapping out the debate”, *J. Med. Ethics* 2010, (661) 662; KONING BOUDEWIJN STICHTING, *Justice and solidarity in priority setting in healthcare*, 2013, www.kbs-frb.be, 100-101.

⁵⁴²⁵ B. SMART, *o.c.*, *J. Med. Ethics* 1994, (26) 29-30.

⁵⁴²⁶ T.L. BEAUCHAMP en J.F. CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, 2001 (5de ed.), 250.

veroorzaakt door zijn eigen fout. Deze fout veronderstelt de schending van een wettelijke norm of van de algemene zorgvuldigheidsnorm (objectief element), alsook schuldbekwaamheid en toerekeningsvatbaarheid (subjectief element).⁵⁴²⁷

1139. Een grondigere bestudering van alcoholisch leverfalen leert evenwel dat de automatische uitsluiting van alcoholici op basis van het sociaal-utilitaristische foutargument maar moeilijk te verdedigen is.

Allereerst is het niet zeker of alcoholmisbruik in gezondheidsrechtelijke context steeds mag worden beschouwd als een onrechtmatige daad. De wetgeving die drankmisbruik sanctioneert, beperkt zich toch veeleer tot schadelijke interacties met anderen. Bij de invoering van de Wet Patiëntenrechten aanvaardde de wetgever hoogstens een morele plicht van de patiënt om gezond te leven, maar beschouwde hij daarentegen een juridisch afdwingbare verplichting in die zin als een ontoelaatbare inbreuk op de individuele vrijheid.⁵⁴²⁸ Het autonomieprincipe vormt aldus een argument tegen de uitsluiting van alcoholici op de wachtlijst.⁵⁴²⁹ In termen van het aansprakelijkheidsrecht zou dan gezegd kunnen worden dat het objectief element van de fout ontbreekt. In strafrechtelijke context wordt bovendien algemeen aanvaard dat artikel 422*bis* Sw. verplicht tot hulpverlening aan personen in groot en onmiddellijk gevaar (bv. patiënten met acute alcoholische hepatitis), *ongeacht de oorzaak* van dit gevaar (bv. eigen toedoen).⁵⁴³⁰ Tegen dit alles kan uiteraard worden opgeworpen dat het zelfbepalingsrecht niet absoluut is.⁵⁴³¹ Maar dan nog blijft het een moeilijk opgave voor de arts om dergelijk niet-medisch oordeel te vellen. Dit veeleer subjectieve oordeel⁵⁴³² kan immers het vertrouwen van patiënten in hun arts aantasten en de uitoefening van de geneeskunde ten aanzien van alcoholici ondermijnen.⁵⁴³³ Dit zou uiteindelijk strijdig zijn met het principe van sociale utiliteit.

Daarnaast is de veronderstelling dat de alcoholicus zelf verantwoordelijk is voor (de gevolgen van) zijn alcoholmisbruik té ongenueanceerd. Alcoholmisbruik is immers niet steeds louter afhankelijk van de vrije wil, maar mogelijk ook van andere factoren zoals genetische voorbeschiktheid, opvoeding, alsook de familiale, sociale en professionele omgeving. Het voorbeeld van de vrouw die begint te drinken omdat haar echtgenoot haar regelmatig afranselt, maakt de verantwoordelijkheid voor alcoholmisbruik plots niet meer zo zwart-wit.⁵⁴³⁴ Dit complex samenspel van factoren maakt uitsluiting van alcoholici op basis van hun eigen verantwoordelijkheid vaak moeilijk te verdedigen.⁵⁴³⁵ Indien alcoholmisbruik geen volledig

⁵⁴²⁷ T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 822.

⁵⁴²⁸ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 50-1642/001, 12. Zie ook: Advies nr. 60 van 27 januari 2014 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, <http://www.health.belgium.be>, 13-14 en 18; KONING BOUDEWIJN STICHTING, *Justice and solidarity in priority setting in healthcare*, 2013, www.kbs-frb.be, 102-103.

⁵⁴²⁹ Vgl. H.J.J. LEENEN, o.c., *TvGR* 1987, (179) 186; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 166.

⁵⁴³⁰ J. DE HERDT, *Fysiek interpersoonlijk geweld*, 2014, 167; A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, 2005 (5^{de} ed.), 194-195; H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 2005, 197. Vgl. ook: Advies nr. 60 van 27 januari 2014 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, <http://www.health.belgium.be>, 15.

⁵⁴³¹ Ook de hulpverleningsplicht uit art. 422*bis* Sw. is niet absoluut: ontsnappen aan deze plicht kan indien er sprake is van een noodtoestand.

⁵⁴³² Zie ook: H.J.J. LEENEN, o.c., *TvGR* 1980, (243) 251-252 en 254.

⁵⁴³³ Vgl. B. DE CUYPER *et al.*, “Levertransplantatie voor alcoholisch leverlijden: gelijke kansen voor de alcoholicus?”, *T. Gen.* 2013, (69) 74; K. SHARKEY en L. GILLAM, o.c., *J. Med. Ethics* 2010, (661) 663; T.L. BEAUCHAMP en J.F. CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, 2001 (5^{de} ed.), 270; T.D. SCHIANO en R. RHODES, o.c. in D. BOTTERILL, G. PENNINGS en T. MAINIL, *Medical Tourism and Transnational Health Care*, Basingstoke, 2013, (113) 116.

⁵⁴³⁴ J. NEUBERGER, “Conditional Organ Donation – The Views of the Patients and Health Care Professionals”, *Transplantation* 2008, (1532) 1537.

⁵⁴³⁵ K. GORLEER, I. COLLE en H. VAN VLIJBERGHE, o.c., *T. Gen.* 2008, (691) 693; B. DE CUYPER *et al.*, o.c., *T. Gen.* 2013, (69) 70 en 74; THE UNOS ETHICS COMMITTEE, o.c., *Transpl. Proc.* 1992, (2227) 2234; V. THORNTON, “Who gets the liver

vrije beslissing is, zal het afstraffen ervan door uitsluiting van de wachtlijst niet gauw het verhoopte effect van ontrading van overmatig alcoholgebruik hebben en dus zijn sociaal-utilitaristische verantwoording verliezen.⁵⁴³⁶ In termen van het aansprakelijkheidsrecht zou gezegd kunnen worden dat het subjectieve element van de fout (*in casu* de verantwoordelijkheid voor het alcoholmisbruik),⁵⁴³⁷ dan wel het causaal verband tussen de fout (*in casu* het alcoholmisbruik) en de schade niet bewezen kan worden. Het zou veel financiële middelen en personeel vereisen om over iedere patiënt een gedetailleerd overzicht van alle relevante factoren bij te houden, terwijl de kans bestaat dat zelfs dan niet kan worden uitgemaakt welke factoren concreet bepalend waren.⁵⁴³⁸ Rekening houden met de verantwoordelijkheid van de patiënt voor zijn ziekte zou dan veeleer in strijd zijn met het principe van sociale utiliteit. Doordat alcoholmisbruik niet zozeer een verwerpelijke keuze, maar een onverdiende pathologie kan zijn,⁵⁴³⁹ kan ten slotte gesteld worden dat het billijkheidsprincipe een compensatie van dit nadeel via gelijke toegang tot de leverwachtlijst vereist.⁵⁴⁴⁰

b. Het medisch succes-argument

1140. Doorgaans wordt aangenomen dat alcoholmisbruik wél een uitsluitingscriterium kan zijn voor zover dit een indicatie vormt voor een medisch onsuccesvolle, zinloze transplantatie. Dit zal met name het geval zijn indien de patiënt na de levertransplantatie nog steeds overmatig alcohol zou consumeren.⁵⁴⁴¹ Deze visie steunt op het principe van medische utiliteit. De Nationale Raad van de Orde van Geneesheren biedt ruimte voor deze visie door te stellen dat dat elke zieke, ook drankverslaafden, recht hebben op de zorgverlening die ‘zijn toestand vereist’.⁵⁴⁴²

Volgens deze medisch-utilitaristische redenering kan alcoholmisbruik evenwel slechts worden beschouwd als een *relatieve* contra-indicatie.⁵⁴⁴³ Indien de patiënt zich immers kan onthouden van overmatig alcoholgebruik, dan kan de levertransplantatie medisch succesvol zijn en zal er geen medisch-utilitaristische verantwoording voor een uitsluiting van de wachtlijst meer zijn. De cruciale vraag is dus hoe de alcoholabstinentie kan worden voorspeld. De meeste

transplant? The use of responsibility as the tie breaker”, *J. Med. Ethics* 2009, (739) 740. Zie ook: KONING BOUDEWIJN STICHTING, *Justice and solidarity in priority setting in healthcare*, 2013, www.kbs-frb.be, 97 en 102-103; S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 881. *Contra*: V. THORNTON, o.c., *J. Med. Ethics* 2009, (739) 740 en 741.

⁵⁴³⁶ Cf. *supra* C.2.a. van deze paragraaf.

⁵⁴³⁷ De wilsvrijheid vormt immers de basis van de foutaansprakelijkheid: T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 147-148.

⁵⁴³⁸ T.L. BEAUCHAMP en J.F. CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, 2001 (5de ed.), 247-248; KONING BOUDEWIJN STICHTING, *Justice and solidarity in priority setting in healthcare*, 2013, www.kbs-frb.be, 27 en 102-103; K. SHARKEY en L. GILLAM, o.c., *J. Med. Ethics* 2010, (661) 663; S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 883. *Contra*: V. THORNTON, o.c., *J. Med. Ethics* 2009, (739) 740.

⁵⁴³⁹ Vgl. Advies nr. 60 van 27 januari 2014 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, <http://www.health.belgium.be>, 20-22.

⁵⁴⁴⁰ Vgl. B. DICKENS, o.c. in A. GRUBB (ed.), *Principles of medical law*, 2004 (2^{de} ed.), (1025) 1075; KONING BOUDEWIJN STICHTING, *Justice and solidarity in priority setting in healthcare*, 2013, www.kbs-frb.be, 102-103. Zie ook: B. DE CUYPER *et al.*, o.c., *T. Gen.* 2013, (69) 71, waar gesteld wordt dat in vele andere gevallen een suboptimale levensstijl wél wordt getolereerd (bv. *coronary artery bypass* wegens ongezonde voeding en roken).

⁵⁴⁴¹ H.J.J. LEENEN, o.c., *TvGR* 1987, (179) 186; H.D.C. ROSCAM ABBING, o.c., *Health Policy* 1990, (105) 110; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 156-166; G.R.J. DE GROOT, o.c., *TvGR* 1996, (58) 65; R.J. DEVETTERE, *Practical decision making in health care ethics*, 2000, 524; T.L. BEAUCHAMP en J.F. CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, 2001 (5de ed.), 249; G.S. SANDHU *et al.*, “Impact of Substance Abuse on Access to Renal Transplantation”, *Transplantation* 2011, (86) 87 en 88-91; K. GORLEER, I. COLLE en H. VAN VLIJBERGHE, o.c., *T. Gen.* 2008, (691) 692; B. DE CUYPER *et al.*, o.c., *T. Gen.* 2013, (69) 72; Advies nr. 60 van 27 januari 2014 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, <http://www.health.belgium.be>, 3-4, 19 en 22-24.

⁵⁴⁴² Advies van de Nationale Raad van de Orde der Geneesheren van 18 juli 1987 betreffende recht op orgaantransplantatie, <http://www.ordomedic.be>.

⁵⁴⁴³ T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 172-173; B. DE CUYPER *et al.*, o.c., *T. Gen.* 2013, (69) 71.

transplantatiecentra hanteren hiervoor in de praktijk de regel dat de alcoholicus slechts na zes maanden geheelonthouding in aanmerking kan komen voor levertransplantatie.⁵⁴⁴⁴ Na die tijd wordt het risico op recidive voldoende klein geacht. Soms zou dit zelfs kunnen leiden tot spontaan leverherstel.⁵⁴⁴⁵ Weliswaar is nog niet wetenschappelijk aangetoond dat de zes maanden-regel steeds een accurate indicator is. Er wordt veeleer aangenomen dat alcoholrecidive ook van andere factoren (bv. psychiatrische comorbiditeiten, familiale steun, begeleiding) zal afhangen. De zes maanden-regel moet dus gezien worden als een relevant, maar ontoereikend criterium voor uitsluiting.⁵⁴⁴⁶ Terecht oordeelde het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek dan ook dat een patiënt met acute alcoholische hepatitis die de periode van zes maanden vaak niet kan overleven, niet automatisch van levertransplantatie mag worden uitgesloten.⁵⁴⁴⁷ Slechts op deze genuanceerde manier kan alcoholmisbruik worden gehanteerd als een selectiecriterium met een legitiem doel en een evenredig karakter.

c. Het publieke perceptie-argument

1141. Ondanks de bezwaren tegen het eigen fout-argument zou het grote publiek de toevoeging van bepaalde (ex-)alcoholici op de (lever)wachtlister nog steeds als een onrechtvaardige maatregel kunnen percipiëren. Dit kan het vertrouwen van het publiek in het (lever)allocatiesysteem doen afnemen en zo de bereidheid tot doneren (van levers) aantasten. Volgens het principe van sociale utiliteit zal de uitsluiting van alcoholici dan alsnog vereist zijn ter bescherming van het orgaanaanbod.⁵⁴⁴⁸

Echter, er bestaan – althans voor België – geen eenduidige gegevens over de publieke opinie omtrent transplantatie van (voormalige) alcoholici. Negatieve reacties zijn tot op zekere hoogte aannemelijk, maar het is niet duidelijk in hoeverre die het orgaanaanbod zouden raken. Een recente Amerikaanse enquête suggereert alvast dat een meerderheid van de (Amerikaanse) bevolking niet negatief of althans neutraal staat tegenover levertransplantatie voor (voormalige) alcoholici.⁵⁴⁴⁹ Bovendien kan de publieke opinie logischerwijze slechts een beleidsmaatstaf zijn indien het publiek over alle nodige informatie beschikt.⁵⁴⁵⁰ Het is niet zeker of voldoende bekend is dat alcoholmisbruik niet steeds een zuiver vrijwillige keuze is⁵⁴⁵¹ en dat transplantatie van (voormalige) alcoholici tot goede medische resultaten kan leiden⁵⁴⁵². Bijgevolg lijkt het publieke perceptie-bezwaar op zich voorlopig niet sterk genoeg om alsnog een absolute uitsluiting van alcoholici en het hen ontnemen van hun kans op genezing te verantwoorden. Tot

⁵⁴⁴⁴ K. GORLEER, I. COLLE en H. VAN VLIERBERGHE, *o.c.*, *T. Gen.* 2008, (691) 692-693; B. DE CUYPER *et al.*, *o.c.*, *T. Gen.* 2013, (69) 72; Advies nr. 60 van 27 januari 2014 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, <http://www.health.belgium.be>, 3-4, 8, 12 en 22-23. Zie ook voor longtransplantatie bij rokers: C. CORBETT, M.J. ARMSTRONG en J. NEUBERGER, “Tobacco Smoking and Solid Organ Transplantation”, *Transplantation* 2012, (979) 979-980 en 981-982.

⁵⁴⁴⁵ K. GORLEER, I. COLLE en H. VAN VLIERBERGHE, *o.c.*, *T. Gen.* 2008, (691) 692-693; Advies nr. 60 van 27 januari 2014 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, <http://www.health.belgium.be>, 8 en 23.

⁵⁴⁴⁶ Advies nr. 60 van 27 januari 2014 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, <http://www.health.belgium.be>, 9 en 11; B. DE CUYPER *et al.*, *o.c.*, *T. Gen.* 2013, (69) 72-73.

⁵⁴⁴⁷ Advies nr. 60 van 27 januari 2014 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, <http://www.health.belgium.be>, 10, 12, 20 en 26-30, waar echter wel het starten van een onderzoeksprogramma ter ontwikkeling van nauwkeurige en wetenschappelijk gevalideerde selectiecriteriën voor patiënten acute alcoholische hepatitis werd vereist. Zie daarvoor reeds: B. DE CUYPER *et al.*, *o.c.*, *T. Gen.* 2013, (69) 74.

⁵⁴⁴⁸ Vgl. V. THORNTON, *o.c.*, *J. Med. Ethics* 2009, (739) 741-742; T.L. BEAUCHAMP en J.F. CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, 2001 (5de ed.), 249; K. GORLEER, I. COLLE en H. VAN VLIERBERGHE, *o.c.*, *T. Gen.* 2008, (691) 691 en 693; E.B. BRODY, *Biomedical technology and human rights, Aldershot, Dartmouth, 1993*, 103; B. DE CUYPER *et al.*, *o.c.*, *T. Gen.* 2013, (69) 73.

⁵⁴⁴⁹ G. STROH *et al.*, “Early Liver Transplantation for Patients With Acute Alcoholic Hepatitis: Public Views and the Effects on Organ Donation”, *Am. J. Transpl.* 2015, (1598) 1603-1604.

⁵⁴⁵⁰ K. SHARKEY en L. GILLAM, *o.c.*, *J. Med. Ethics* 2010, (661) 662.

⁵⁴⁵¹ Cf. *supra* C.2.a. van deze paragraaf.

⁵⁴⁵² Cf. *supra* C.2.b. van deze paragraaf.

nu toe lijkt het evenrediger om ter aanvulling van medisch succes-argument een goede, informatieve communicatiestrategie naar de samenleving toe te ontwikkelen.⁵⁴⁵³

§ 4. DE WIL VAN DE ONTVANGER

1142. Krachtens artikel 8 Wet Patiëntenrechten heeft de ontvanger als patiënt het recht om voorafgaandelijk in iedere tussenkomst vrij en geïnformeerd toe te stemmen.⁵⁴⁵⁴ Indien een tussenkomst zonder deze toestemming plaatsvindt, dan kan dit leiden tot burgerrechtelijke aansprakelijkheid voor de eventuele materiële en morele schade die hierdoor werd veroorzaakt.⁵⁴⁵⁵ Het begrip ‘tussenkomst’ is ruim en omvat niet enkel onderzoeken, ingrepen of behandelingen, maar ook iedere beslissing tot weigering, stopzetting of voortzetting van deze tussenkomsten.⁵⁴⁵⁶ Aldus kan worden aangenomen dat artikel 8 niet enkel geldt voor de transplantatie en de bijhorende pre- en postoperatieve onderzoeken, maar ook voor beslissingen omtrent de plaatsing op de wachtlijst.

De wil van de ontvanger is bijgevolg een allocatiecriterium in die zin dat organen pas kunnen worden toegewezen indien de ontvanger daarin toestemt. Dit criterium strookt uiteraard met het allocatieprincipe van autonomie,⁵⁴⁵⁷ maar niet noodzakelijk met de principes van billijkheid en utiliteit. Een patiënt kan immers de orgaantransplantatie steeds weigeren (art. 8, § 4 Wet Patiëntenrechten),⁵⁴⁵⁸ zelfs indien deze ingreep voor hem zeer billijk zou zijn en aanzienlijk medisch nut zou opleveren. De voorrang van het autonomieprincipe betreft hier een waardeoordeel dat terecht getuigt van het grote maatschappelijke belang van het beschermen van de fysieke en psychische integriteit.⁵⁴⁵⁹

Soms zal de toestemming echter niet van de patiënt zelf uitgaan. Indien de patiënt een minderjarige is, dan moet de toestemming in principe worden gegeven door de ouders die het ouderlijk gezag uitoefenen of door de voogd (art. 12, § 1 Wet Patiëntenrechten).⁵⁴⁶⁰ Indien de minderjarige evenwel al tot een redelijke beoordeling van zijn belangen in staat is, dan kan hij in principe wél zelfstandig beslissen (art. 12, § 2 Wet Patiëntenrechten).⁵⁴⁶¹ De wilsbekwame minderjarige zou dan een levensnoodzakelijke orgaantransplantatie kunnen weigeren, in

⁵⁴⁵³ Zie ook: B. DE CUYPER *et al.*, *o.c.*, *T. Gen.* 2013, (69) 75.

⁵⁴⁵⁴ Zie ook *supra* Deel IV, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, C over artikel 8 EVRM en het persoonlijkheidsrecht op fysieke integriteit als meer algemene grondslagen voor het recht op toestemming. In het raam van art. 8 EVRM moet ook verwezen worden naar art. 5 Transplantatieprotocol EVMR-Bio, dat uitdrukkelijk het recht op toestemming van de ontvanger bevat. Indien de orgaantransplantatie plaatsvindt in het kader van een experiment, dan moeten bovendien de bijzondere toestemmingsvoorwaarden uit art. 3 en 5 t.e.m. 9 Wet Medische Experimenten in acht worden genomen. Voor zover deze voorwaarden conflicteren met de Wet Patiëntenrechten moet de Wet Medische Experimenten volgens het beginsel ‘*lex specialis derogat lex generalis*’ voorrang krijgen.

⁵⁴⁵⁵ Indien deze tussenkomst leidde tot een fysieke aantasting dan kan dit in principe ook aanleiding geven tot strafrechtelijke aansprakelijkheid. Zie *supra* Deel IV, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 1 en T. VANSWEEVELT en S. TACK, “Het recht op gezondheidstoestandinformatie en geïnformeerde toestemming” in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (331) 409 e.v.

⁵⁴⁵⁶ T. VANSWEEVELT en S. TACK, *o.c.* in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (331) 345.

⁵⁴⁵⁷ THE UNOS ETHICS COMMITTEE, *o.c.*, *Transpl. Proc.* 1992, (2227) 2233; D. VAN RAEMDONCK en J. SMITS, *o.c.*, *T. Gen.* 2015, (180) 183.

⁵⁴⁵⁸ In principe kan de ontvanger zelfs vlak vóór de orgaanimplantatie zijn toestemming intrekken. Indien dit heeft geleid tot schade (bv. de fysieke aantasting van de levende donor of het verlies van een schaars orgaan), zou de ontvanger in theorie desgevallend tot schadevergoeding kunnen worden aangesproken wegens rechtsmisbruik. Vgl. *supra* Deel IV, Hoofdstuk III, Afd. 8, § 3, A.1.b.

⁵⁴⁵⁹ Zie evenwel: THE UNOS ETHICS COMMITTEE, *o.c.*, *Transpl. Proc.* 1992, (2227) 2233, waar wordt gesteld dat respect voor de autonome weigering in feite wel tegemoet komt aan: a) het utiliteitsprincipe, omdat transplantatie in strijd met de wil van de ontvanger meer kwaad, dan goed zou opleveren, b) het billijkheidsprincipe, omdat de afstand van een toegewezen orgaan strookt met het gelijk respect voor eenieder.

⁵⁴⁶⁰ Zie ook: Rb. Luik 13 juni 1991, *JLMB* 1991, 1287: indien de ouders gescheiden zijn, moet de ene ouder op basis van het ouderlijk gezag de andere op de hoogte houden van de eventuele nood aan orgaantransplantatie.

⁵⁴⁶¹ Art. 12, § 2 Wet Patiëntenrechten; B. SINDIC, *o.c.*, *Ann. Dr. Louvain* 2002, (225) 231 en 245.

weerwil van zijn ouders.⁵⁴⁶² Indien de patiënt een wilsonbekwame meerderjarige is,⁵⁴⁶³ dan moet de toestemming gegeven worden door de vertegenwoordiger(s) bedoeld in artikel 14 Wet Patiëntenrechten. In alle gevallen waarin de patiënt niet zelf kan toestemmen, zal niet ten volle op het autonomieprincipe kunnen worden gesteund. De wetgever laat in die gevallen dan ook meer ruimte voor de principes van billijkheid en utiliteit. Een orgaantransplantatie zal immers tegen de wil van de vertegenwoordiger(s) kunnen worden uitgevoerd om een bedreiging van het leven van de patiënt of een ernstige aantasting van diens gezondheid af te wenden (art. 15, § 2 Wet Patiëntenrechten).⁵⁴⁶⁴ Indien er in een spoedgeval bovendien geen duidelijkheid bestaat over de wil van de patiënt of zijn vertegenwoordiger, dan zou zelfs zonder uitdrukkelijke of stilzwijgende toestemming kunnen worden overgegaan tot plaatsing op de wachtlijst en tot orgaantransplantatie voor zover dit rechtstreeks in het belang van de patiënt is (art. 8, § 5 Wet Patiëntenrechten).

1143. De wet bevat in algemene termen een opsomming van de aspecten waarover de patiënt (of zijn vertegenwoordiger) moet worden geïnformeerd met het oog op de toestemming (art. 8, § 2 Wet Patiëntenrechten). Bij orgaantransplantatie zal de informatie doorgaans verspreid moeten worden tussen de twee allocatiefasen.⁵⁴⁶⁵

De meeste informatie zal reeds verstrekt moeten worden vóór de plaatsing op de wachtlijst (fase I). Ter illustratie worden hier enkele aandachtspunten aangestipt. De wet bepaalt dat onder meer moet worden geïnformeerd over alternatieven. Hieruit volgt dat überhaupt over orgaantransplantatie moet worden geïnformeerd indien dit redelijkerwijze⁵⁴⁶⁶ een (alternatieve) behandelingsoptie is.⁵⁴⁶⁷ Zo zal bv. een dialysepatiënt geïnformeerd moeten worden over de mogelijkheid van niertransplantatie met een overleden, dan wel een levende donor.⁵⁴⁶⁸ Voorts bepaalt de wet ook dat de patiënt onder andere geïnformeerd moet worden over de relevante risico's.⁵⁴⁶⁹ Dit omvat voor alle duidelijkheid niet enkel de fysieke risico's (bv. chirurgische complicaties, ziekteoverdracht,⁵⁴⁷⁰ afstoting en de lange termijnrisico's van immunosuppressiva⁵⁴⁷¹),⁵⁴⁷² maar ook de psychosociale risico's⁵⁴⁷³. Ten slotte verplicht de wet

⁵⁴⁶² Vgl. D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 440-442.

⁵⁴⁶³ Zoals gezegd, is een mentale handicap op zich geen reden om niet over te gaan tot plaatsing op de wachtlijst (cf. *supra* § 3, C.1. van deze Afdeling).

⁵⁴⁶⁴ Waar weliswaar ook werd bepaald dat de arts slechts van de beslissing van de vertegenwoordiger(s) uit art. 14, § 1 mag afwijken voor zover die zich niet kan beroepen op de uitdrukkelijke wil van de patiënt.

⁵⁴⁶⁵ Cf. A.J. CRONIN en J.F. DOUGLAS, "Non-standard kidneys for transplants: clinical margins, medical morality, and the law", *Med. L. Rev.* 2013, vol. 21, (448) 463-464.

⁵⁴⁶⁶ T. VANSWEEVELT en S. TACK, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (331) 368.

⁵⁴⁶⁷ Zie ook: T.D. OVERCAST, o.c. in G.J. CERILLI (ed.), *Organ Transplantation and Replacement*, 1988, (703) 705, die aansprakelijkheid wegens niet informeren over de optie van orgaantransplantatie mogelijk acht, maar erop wijst dat het causaal verband tussen deze fout en schade moeilijk te bewijzen zal zijn. Wegens de schaarste is het immers moeilijk om te bewijzen of men ooit een orgaan zou hebben gekregen indien men wel een transplantatie had nagestreefd. In België kan dit enigszins opgevangen worden met de theorie van het verlies van een kans.

⁵⁴⁶⁸ J. DE MEESTER, "Wachten op een niertransplantatie – Deel 3", *Orpadt forum*, jaargang 4, 7; ACOT Recommendation 8, www.organdonor.gov; Aanbeveling ii in Resolution CM/Res(2013)56 on the development and optimisation of live kidney donation programmes, <http://www.coe.int>. Zie evenwel *supra* Deel IV, Hoofdstuk III, Afd. 3, § 2, D.1. over het risico op dwang bij levende donoren.

⁵⁴⁶⁹ Zie reeds uitgebreid *supra* Deel IV, Hoofdstuk III, Afd. 5, § 5, A over de relevantiestandaard. Zie in die zin ook al: J. MATTHIJS, o.c., *RW* 1971-72, (161) 215 en W. DREESSEN, o.c., *Jura Falc.* 1984-85, (500) 519.

⁵⁴⁷⁰ Zie hierover uitvoeriger Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, A.2.b. van dit Deel.

⁵⁴⁷¹ Zie reeds *supra* Deel I, Hoofdstuk I, Afd. 2, § 2.

⁵⁴⁷² J. MATTHIJS, o.c., *RW* 1971-72, (161) 215; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 13.

⁵⁴⁷³ Vgl. 42 CFR § 482.102(a) (Verenigde Staten); N. NEFUSSY-LEROY, *Organes humains*, 1999, 197-199; M.-A. HERMITTE, "Le droit de la responsabilité en matière de transplantation" in R. CARVAIS en M. SASPORTES (eds.), *La greffe humaine*, Parijs, Presses universitaires de France, 2000, (701) 713-714 en 715.

nog tot alle andere ‘relevant geachte verduidelijkingen’ dan degenen die zijn opgesomd in wet. Specifiek voor orgaantransplantatie kan hierbij gedacht worden aan informatie over de werking van het allocatiesysteem (bv. selectiecriteria, gemiddelde wachttijden, verwerking van persoonsgegevens, uitsluiting of verwijdering van de wachtlijst).⁵⁴⁷⁴

Pas wanneer er een donororgaan kan worden weggenomen en toegewezen aan de wachtende ontvanger (fase II) zal de bovenstaande informatie kunnen worden vervolledigd met meer concrete informatie over de risico’s die aan het gebruik van het orgaan in kwestie verbonden zijn.⁵⁴⁷⁵ Bij levende donoren is dit uitstel van informatie uiteraard niet noodzakelijk aan de orde, omdat de donor en zijn karakteristieken normaal al gekend zullen zijn vóór de orgaanwegneming.

Afdeling 3. Fase II: toegang tot de allocatielijst

§ 1. ALGEMEEN

A. *Eurotransplant als bemiddelaar*

1144. Eurotransplant is in België aangeduid als Europese orgaanuitwisselingsorganisatie.⁵⁴⁷⁶ Het is deze organisatie die overeenkomstig artikel 13*bis* Orgaantransplantatiewet verantwoordelijk is voor de uiteindelijke allocatie van organen aan kandidaat-ontvangers op de wachtlijst.⁵⁴⁷⁷ Eurotransplant treedt hiertoe op als bemiddelaar. Het verzamelt zowel de gegevens van de kandidaat-ontvangers (*infra* B), als de gegevens van de donoren (*infra* C) en stelt op basis van deze gegevens een allocatielijst op (*infra* D).⁵⁴⁷⁸ Deze bemiddeling veronderstelt uiteraard de verwerking van gevoelige persoonsgegevens. Eurotransplant moet zich er dan ook toe verbinden om de Wet Verwerking Persoonsgegevens na te leven.⁵⁴⁷⁹

1145. De bemiddelingstaak van Eurotransplant is vooral gericht op organen van *overleden* donoren. Zoals gezegd, acht Eurotransplant zich niet verantwoordelijk voor de ontvangersselectie in geval van een levende donor.⁵⁴⁸⁰ Voor ontvangers van een orgaan van een levende donor zal de selectie in principe dus volledig op het niveau van het transplantatiecentrum gebeuren.⁵⁴⁸¹ Weliswaar kunnen de transplantatiecentra zelf beslissen om

⁵⁴⁷⁴ Vgl. Eurotransplant Manual, [versie 3.0., 2013], www.eurotransplant.org, nr. 2.1.2.; D. VAN RAEMDONCK en J. SMITS, *o.c.*, *T. Gen.* 2015, (180) 183; J. DE MEESTER, “Wachten op een niertransplantatie – Deel 3”, *Orpadt forum*, jaargang 3, 7; B. DICKENS, *o.c.* in A. GRUBB (ed.), *Principles of medical law*, 2004 (2^{de} ed), (1025) 1071; Recommendation Rec(2001)5 of 7 march 2001 of the Committee of Ministers to member states on the management of organ transplant waiting lists and waiting times, <http://www.coe.int>, nr. 6; 42 CFR § 482.94(c) en OPTN Policy 3.5., www.optn.transplant.hrsa.gov (Verenigde Staten); WMA Statement on Organ and Tissue Donation (S-2012-04-2012) p. 7; R.F. WEIR, “The Issue of Fairness in the Allocation of Organs”, *J. Corp. L.* 1994-95, (91) [108]; J.K.M. GEVERS, *o.c.* in H.D.C. ROSCAM ABBING en F.C.B. WIJMEN (eds.), *Wetgeving gezondheidszorg in perspectief*, 1989, (71) 76.

⁵⁴⁷⁵ Zie *infra* D van deze paragraaf.

⁵⁴⁷⁶ Zie reeds *supra* Deel III, Hoofdstuk II, Afd. 1, § 5.

⁵⁴⁷⁷ Zie ook: art. 1, 4^o oud KB Allocatie.

⁵⁴⁷⁸ Eurotransplant Manual, [versie 3.0., 2013], www.eurotransplant.org, nr. 1.2.1.1.

⁵⁴⁷⁹ Art. 13*bis*, § 4 Orgaantransplantatiewet.

⁵⁴⁸⁰ Zie *supra* Afd. 2, § 1, B van dit Hoofdstuk.

⁵⁴⁸¹ *Cf. supra* Afd. 2, § 3 van dit Hoofdstuk en uitvoeriger Deel IV, Hoofdstuk IV.

op dit vlak samen te werken, bv. voor een *cross-over* donatieprogramma,⁵⁴⁸² dat een grote pool van levende donoren vereist om succesvol te kunnen zijn.⁵⁴⁸³

1146. Ook qua lichaamsmateriaal verschilt de werkingssfeer van Eurotransplant enigszins van het toepassingsgebied van de Orgaantransplantatiewet.

Enerzijds is ze ruimer, omdat de Orgaantransplantatiewet wel van toepassing is op organen zoals de pancreas, maar niet op weefsels zoals pancreaseilandjes,⁵⁴⁸⁴ terwijl Eurotransplant zowel over de allocatie van de pancreas als van de pancreaseilandjes beslist.⁵⁴⁸⁵ Dit is logisch. De beslissing over de allocatie van pancreaseilandjes hangt immers samen met de beslissing over de allocatie van de gehele pancreas⁵⁴⁸⁶: ofwel worden enkel de eilandjes uit de pancreas gebruikt, ofwel wordt de pancreas intact gehouden en als zodanig gebruikt.⁵⁴⁸⁷ In principe zal de pancreas door Eurotransplant primair als geheel worden gealloceerd, tenzij de donor te oud of te zwaar is; dan zal een eilandjestransplantatie de beste resultaten geven.⁵⁴⁸⁸

Anderzijds is de werkingssfeer van Eurotransplant ook beperkter, omdat de Orgaantransplantatiewet van toepassing is op zgn. samengestelde weefsels (bv. complex gezichtsheefsel, handen), terwijl Eurotransplant daarvoor nog geen allocatie-algoritme schijnt te hebben. Een mogelijke verklaring kan zijn dat dit niet nodig is omdat er voor deze ‘organen’ nog niet echt een donortekort bestaat.⁵⁴⁸⁹ Naarmate transplantaties van samengestelde weefsels vaker zouden voorkomen, zullen er wellicht toch enige allocatieregels moeten worden ontwikkeld.⁵⁴⁹⁰ De ontvanger bij de eerste Belgische gezichtstransplantatie werd echter al wel geregistreerd op de wachtlijst van Eurotransplant.⁵⁴⁹¹

⁵⁴⁸² Zie uitdrukkelijk: art. 10/24 KB Transplantatiecentra; M. DE JAEGER, “Levende donatie”, *Orpadt forum* 2005, jaargang 5, nr. 1, 4, waar sprake is van een nationaal *cross-over* programma; Samengevoegde vragen van mevr. Karin Jiroflée over “de ethische bezwaren bij orgaandonatie” (nr. 3240) en van mevr. Valerie Van Peel over “de wachtlijsten voor een donororgaan” (nr. 3324), *Hand. Kamer* 2014-15, CRIV 54 COM 158, 15, waar wordt meegedeeld dat thans wordt uitgezocht of het *cross-over* programma ook naar andere landen kan worden uitgebreid. Zie over *cross-over* donatie al *supra* Deel IV, Hoofdstuk I, Afd. 3.

⁵⁴⁸³ Zie hierover: K. GLORIE *et al.*, “Allocation and matching in kidney exchange programs”, *Transpl. Int.* 2014, 333-334.

⁵⁴⁸⁴ Zie *supra* Deel II, Hoofdstuk III, Afd. 1, § 2, C.4.

⁵⁴⁸⁵ Eurotransplant Newsletter nr. 227 (April 2014), www.eurotransplant.org, p. 23. Vgl. in dezelfde zin: K. ZALEWSKA, “Introduction To Patient Selection And Allocation Policies (POL200/2.1)”, www.odt.nhs.uk, 3; 42 U.S.C. § 273(c); AGENCE DE LA BIOMÉDICINE, “Procédures d’application des règles de répartition et d’attribution des greffons prélevés sur personne décédée”, 2014, www.agence-biomedicine.fr, 32.

⁵⁴⁸⁶ Zie ook: Advies over het programma inzake de erkenningscriteria van de centra voor orgaantransplantatie van 10 september 1998 van de Nationale Raad voor Ziekenhuisvoorzieningen, www.health.belgium.be, 7.

⁵⁴⁸⁷ Eenzelfde redenering gaat op ten aanzien van de allocatie van levers en levercellen (hepatocyten). Zie daarover: Advies nr. 8695 van 6 april 2011 van de Hoge Gezondheidsraad, “Transplantatie van humane hepatocyten: klinische indicaties, therapeutische waarde, vergelijking met levertransplantatie en kwaliteitsnormen”, <http://www.health.belgium.be>, 2.

⁵⁴⁸⁸ Eurotransplant Manual, [versie 5.0., 2015], www.eurotransplant.org, nr. 7.2.2.1. Zie ook: T. BERNEY en P.R.V. JOHNSON, “Donor Pancreata: Evolving Approaches to Organ Allocation for Whole Pancreas Versus Islet Transplantation”, *Transplantation* 2010, (238) 239-240, waar evenwel wordt gesproken van discriminatie t.a.v. de kandidaten voor eilandjestransplantatie, omdat ze hierdoor enkel pancreata van lagere kwaliteit krijgen, wat de voorlopig minder goede resultaten van eilandjestransplantatie kan verklaren. Vgl. in het algemeen: WMA Statement on Human Tissue for Transplantation (S-2007-01-2007), <http://www.wma.net>, nr. 5.

⁵⁴⁸⁹ K. ZALEWSKA, “Introduction To Patient Selection And Allocation Policies (POL200/2.1)”, www.odt.nhs.uk, 3.

⁵⁴⁹⁰ Geslacht en huidskleur worden normaal niet aanvaard als allocatiecriteria (T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 168; Commentary on Principle 9, WHO Guiding Principles on Human Cell, Tissue and Organ Transplantation (2010), <http://www.who.int>; Principe 3 Verklaring van Istanbul). Voor de allocatie van uitwendige samengestelde weefsels zouden ze daarentegen wél aanvaardbaar kunnen zijn. Zie bv. AGENCE DE LA BIOMÉDICINE, “Procédures d’application des règles de répartition et d’attribution des greffons prélevés sur personne décédée”, 2014, www.agence-biomedicine.fr, annex 1 en OPTN Policy 12, www.optn.transplant.hrsa.gov.

⁵⁴⁹¹ N.A. ROCHE *et al.*, “Complex facial reconstruction by vascularized composite allotransplantation: The first Belgian case”, *J. Plast. Reconstr. Aesthet. Surg.* 2015, (362) 364.

B. Aanmelding van ontvangers en het verbod op fraude

1147. De verzameling van de allocatiegegevens van kandidaat-ontvangers gebeurt via de aanmelding ervan door de transplantatiecentra.⁵⁴⁹² Eurotransplant slaat al deze gegevens op in een centraal computerbestand dat zodoende de centrale wachtlijst van Eurotransplant vormt.⁵⁴⁹³

Opdat de orgaanverdeling rechtvaardig kan gebeuren, is vereist dat de ontvangergegevens steeds up-to-date worden gehouden⁵⁴⁹⁴ en waarheidsgetrouw zijn. Helaas hebben zich echter al fraudegevallen voorgedaan. In 2012 en 2013 kwam namelijk aan het licht dat Duitse artsen in verschillende ziekenhuizen de allocatiegegevens van hun patiënten hadden gemanipuleerd (bv. valselijk beweren dat patiënten gedialyseerd werden, bloedtoevoeging bij urinestalen) om ze zieker te doen lijken, waardoor ze sneller een orgaan zouden krijgen.⁵⁴⁹⁵ Dit gaat in tegen het principe van billijkheid.⁵⁴⁹⁶ Bovendien lokte dit schandaal begrijpelijkerwijze negatieve reacties uit bij het publiek en wijzen statistieken zelfs op een daling van het aantal (Duitse) donoren.⁵⁴⁹⁷ Dit gaat in tegen het principe van (sociale) utiliteit. De vraag rijst dus welke anti-fraudemaatregelen er bestaan om de benadeling van patiënten binnen Eurotransplant, waaronder ook de Belgische patiënten,⁵⁴⁹⁸ te vermijden en het publieke vertrouwen in dit allocatiesysteem te behouden. Hierbij kan een onderscheid gemaakt worden tussen maatregelen op het (internationale) niveau van Eurotransplant en maatregelen op het (nationale) niveau van de Eurotransplantlanden.

1148. Op het niveau van Eurotransplant worden zgn. *plausibility checks* uitgevoerd, waarbij de aangeleverde data wordt gecontroleerd en een statistische analyse wordt gemaakt om ‘verdachte’ centra eruit te pikken. Deze controles werden in navolging van het Duitse fraudeschandaal uitgebreid door het vereisen van meer gedetailleerde informatie.⁵⁴⁹⁹ Weliswaar zal enkel een plaatselijk bezoek aan de centra een effectieve controle kunnen verzekeren.⁵⁵⁰⁰ Dit lijkt voorlopig niet tot de mogelijkheden van Eurotransplant te behoren.

Indien een schending van de allocatieprocedures wordt ontdekt, kan wel om uitleg worden gevraagd van het betreffende transplantatiecentrum en zal (voor België) de voorzitter van de Belgische Transplantatieraad⁵⁵⁰¹ worden ingelicht.⁵⁵⁰² Eurotransplant kan hierbij desgevallend maatregelen of sancties voorstellen,⁵⁵⁰³ maar lijkt deze niet rechtstreeks aan centra

⁵⁴⁹² Dit behoort meer bepaald tot de taken van het transplantatiecoördinatieteam (art. 10, § 2, 1° en 5° KB Transplantatiecentra).

⁵⁴⁹³ Eurotransplant Manual, [versie 3.0., 2013], www.eurotransplant.org, nr. 1.2.1.1. en www.eurotransplant.org (What we do > Allocation); G. VAN BEEUMEN, o.c., *Orpadt forum*, jaargang 1, 3. Zie al *supra* Afd. 2, § 1 van dit Hoofdstuk over de verschillende wachtlijsten. Zie ook: art. 1, 4° en 5° oud KB Allocatie.

⁵⁴⁹⁴ Eurotransplant Manual, [versie 3.0., 2013], www.eurotransplant.org, nrs. 2.1.2., 2.1.3.4., 2.1.3.5. en 2.1.3.6.

⁵⁴⁹⁵ N. STAFFORD, “Surgeon is accused of manipulating data to move his patients up organ waiting list”, *BMJ* 2012, 5039; N. STAFFORD, “Munich hospital closes liver transplantation list after audit uncovers errors”, *BMJ* 2012, 7417; X., “Crisis in Germany’s organ transplantation system”, *The Lancet* 2013, 178; “Mogelijk ook Belgische patiënten benadeeld in Duits orgaanschandaal”, *De Morgen* 11 januari 2013, 12. Zie ook in de Verenigde Staten: B.J. SPIELMAN, o.c. in A.S. ILTIS, S.H. JOHNSON en B.A. HINZE (eds.), *Legal perspectives in bioethics*, 2008, (143) 153.

⁵⁴⁹⁶ Zie *infra* § 2, C van deze Afdeling over het urgentiecriteria.

⁵⁴⁹⁷ X., o.c., *The Lancet* 2013, 178; N. SIEGMUND-SCHULTZE, “Wege aus einer angespannten Situation”, *Deutsches Ärzteblatt* 2013, (2118) 2120.

⁵⁴⁹⁸ Wegens de samenwerking via Eurotransplant kan de fraude binnen één van de andere Eurotransplantlanden immers ook de Belgische patiënten treffen (“Mogelijk ook Belgische patiënten benadeeld in Duits orgaanschandaal”, *De Morgen* 11 januari 2013, 12). Dit zou echter nog niet effectief het geval zijn geweest (*Vr. en Antw.* Senaat 2012-13, 23 januari 2013, Vr. nr. 5-7952 N. LIJNEN).

⁵⁴⁹⁹ Eurotransplant Newsletter nr. 226, www.eurotransplant.org, 14; X., o.c., *The Lancet* 2013, 178; Minutes of the Sixth Competent Authority Meeting on Organ Donation and Transplantation, 13-14 maart 2013, http://ec.europa.eu/health/blood_tissues_organs, 4.

⁵⁵⁰⁰ Minutes of the 7th Competent Authority Meeting on Organ Donation and Transplantation, 18-19 september 2013, http://ec.europa.eu/health/blood_tissues_organs, 6.

⁵⁵⁰¹ Deze raad adviseert de Belgische overheid (*cf. supra* Deel III, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 4).

⁵⁵⁰² Eurotransplant Manual, [versie 3.0., 2013], www.eurotransplant.org, nr. 2.1.1.7.1.3.

⁵⁵⁰³ Eurotransplant Manual, [versie 3.0., 2013], www.eurotransplant.org, nr. 1.5.1.15. (art. 15.1.g Articles of Association).

of artsen te kunnen opleggen. Er kan bijgevolg worden gesteld dat Eurotransplant zich in een positie bevindt om schendingen te signaleren en met kennis van zaken oplossingen te bedenken, maar dat de slagkracht van Eurotransplant op zich eerder beperkt is.

1149. Op het nationale niveau kan er juridisch gezien op verschillende manieren worden opgetreden, maar zullen de concrete maatregelen afhangen van land tot land. De fraude in Duitsland zou volgens experts in de hand zijn gewerkt doordat er teveel transplantatiecentra en te weinig donoren zijn, wat tot grote onderlinge concurrentie leidde.⁵⁵⁰⁴ Om deze concurrentie en dus de aanleiding tot ‘vals spelen’ weg te nemen, werd voorgesteld om het aantal Duitse centra te verminderen.⁵⁵⁰⁵ In België lijkt het aantal centra al voldoende onder controle dankzij de erkenningsnormen. Voorts verplicht de Belgische regelgeving tot multidisciplinair overleg over de plaatsing van kandidaat-ontvangers op de wachtlijst. Dit leidt tot zichtbaarheid en mogelijke opvolging van de ontvangersgegevens, wat een interne controle mogelijk maakt.⁵⁵⁰⁶ Daarnaast is ook een externe controle voorzien via de gezondheidsinspecteurs van de FOD Volksgezondheid.⁵⁵⁰⁷ Nochtans zullen ook deze controlemaatregelen wellicht niet ieder geval van fraude kunnen voorkomen.⁵⁵⁰⁸

Indien er een fraudegeval in België ontdekt wordt, kan er vervolgens repressief worden opgetreden via het strafrecht. In Duitsland werd reeds een strafzaak aangespannen tegen één van de frauderende artsen op grond van poging tot doodslag ten aanzien van de benadeelde kandidaat-ontvangers op de wachtlijst. Deze strafrechtelijke kwalificatie stuitte echter op bezwaren. Ze veronderstelt een causaal verband tussen de daad van de arts en de fysieke aantasting van het slachtoffer. Dit causaal verband is echter zeer moeilijk te bewijzen, omdat *a posteriori* nog maar moeilijk kan worden uitgemaakt of de vermeende slachtoffers zonder de fraude überhaupt een orgaan zouden hebben gekregen en of dit orgaan daadwerkelijk tot genezing zou hebben geleid.⁵⁵⁰⁹ Bovendien werd er ook een probleem gesignaleerd met betrekking tot het vereiste van opzet, aangezien de arts wellicht veeleer de intentie had om zijn eigen patiënten te helpen en niet zozeer om andere, voor hem onbekende patiënten te doden of te verwonden.⁵⁵¹⁰ De Duitse arts werd dan ook in eerste aanleg vrijgesproken.⁵⁵¹¹ Gelijkaardige bezwaren zouden ook naar Belgisch strafrecht kunnen opgaan met betrekking tot de misdrijven van moord, doodslag en slagen en verwondingen. Naargelang de concrete omstandigheden zou niettemin als alternatief toch nog bestraffing kunnen worden nagestreefd via o.a. de misdrijven

⁵⁵⁰⁴ Dit hangt samen met het verkrijgen van financiële bonussen, meer faciliteiten en een grotere reputatie indien bepaalde quota's qua aantal transplantaties worden gehaald. Zie: “Mogelijk ook Belgische patiënten benadeeld in Duits orgaanschandaal”, *De Morgen* 11 januari 2013, 12; X., o.c., *The Lancet* 2013, 178; U. SCHROTH, “Die strafrechtliche Beurteilung der Manipulationen bei der Leberallokation”, *NStZ* 2013, (437) 439.

⁵⁵⁰⁵ N. STAFFORD, o.c., *BMJ* 2012, 7417; “Fraude in Duitse ziekenhuizen met transplantatiewachtlijst”, *De Morgen* 11 januari 2013, 15.

⁵⁵⁰⁶ Mondelinge vraag van de heer Philippe Mahoux aan de vice-eersteminister en minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid over “de fraude bij orgaantransplantaties in Duitsland”, *Hand. Senaat* 2012-13, 10 januari 2013, nr. 5-772; *Vr. en Antw. Senaat* 2012-13, 23 januari 2013, Vr. nr. 5-7952 N. LIJNEN.

⁵⁵⁰⁷ *Vr. en Antw. Senaat* 2012-13, 23 januari 2013, Vr. nr. 5-7952 N. LIJNEN. Zie ook: art. 16 Orgaantransplantatiewet en *supra* Deel III, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 6.

⁵⁵⁰⁸ Vgl. Mondelinge vraag van de heer Philippe Mahoux aan de vice-eersteminister en minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid over “de fraude bij orgaantransplantaties in Duitsland”, *Hand. Senaat* 2012-13, 10 januari 2013, nr. 5-772.

⁵⁵⁰⁹ N. SIEGMUND-SCHULTZE, o.c., *Deutsches Ärzteblatt* 2013, (2118) 2124; H. KUDLICH, “Die strafrechtliche Aufarbeitung des ‘Organspende-Skandals’”, *Neue Jur. Woch.* 2013, (917) 918-919, die weliswaar een mogelijke oplossing ziet via een bewijs aan de hand van de statistieken betreffende de transplantatieresultaten; U. SCHROTH, o.c., *NStZ* 2013, (437) 441-442 en 444. Vgl. M.-A. HERMITTE, o.c. in R. CARVAIS en M. SASPORTES (eds.), *La greffe humaine*, Parijs, Presses universitaires de France, 2000, (701) 710.

⁵⁵¹⁰ U. SCHROTH, o.c., *NStZ* 2013, (437) 442-443.

⁵⁵¹¹ “Doctor acquitted in organ donation scandal”, www.thelocal.de, 6 mei 2015; N. STAFFORD, “Transplant surgeon who fast tracked patients is found not guilty of attempted manslaughter”, *BMJ* 2015, 2506.

van valsheid in geschriften⁵⁵¹² of, indien het weggenomen orgaan als zaak wordt beschouwd,⁵⁵¹³ van oplichting⁵⁵¹⁴ en diefstal⁵⁵¹⁵ of, indien de arts zich voor de fraude heeft laten betalen,⁵⁵¹⁶ van private omkoping⁵⁵¹⁷. Om alle mogelijke kwalificatieproblemen te vermijden, kan m.i. echter best voorzien worden in een specifieke strafbaarstelling. Naast het strafrechtelijke luik kan ook gedacht worden aan afschrikking en schadeherstel via de burgerrechtelijke foutaansprakelijkheid. De fraude kan immers beschouwd worden als een burgerrechtelijke fout (*fraus omnia corrumpit*) die verplicht tot vergoeding van de daardoor veroorzaakte schade. Ten aanzien van Eurotransplant of de andere artsen en transplantatiecentra kan gedacht worden aan morele schade door de aantasting van hun goede naam en reputatie.⁵⁵¹⁸ Ten aanzien van de benadeelde patiënten kan gedacht worden aan lichamelijke en morele schade. Zoals bij de misdrijven van moord, doodslag en slagen en verwondingen zal echter ook hier het causaal verband moeilijk te bewijzen zijn. Het burgerrechtelijke aansprakelijkheidsrecht kan de benadeelde patiënten daarentegen nog wel enigszins een recht op vergoeding bieden via de theorie van het verlies van een kans. Ten slotte kan ook gedacht worden aan tuchtrechtelijke aansprakelijkheid van de frauderende arts⁵⁵¹⁹ of sociaalrechtelijke sancties binnen de instelling waar de frauderende arts werkzaam is.

1150. Op basis van het voorgaande moet m.i. worden besloten dat de fraude slechts adequaat kan worden bestreden via een gecoördineerde samenwerking tussen Eurotransplant en de individuele Eurotransplantlanden.⁵⁵²⁰ De belangrijkste verantwoordelijkheid komt hierbij toe aan de nationale overheden, aangezien bij hen de juridische macht berust om de noodzakelijke preventieve en repressieve maatregelen op te leggen op een wijze die aangepast is aan de specifieke nationale situatie. Eurotransplant moet daarbij een aanvullende rol spelen door de nationale detectie van fraudegevallen te versterken met haar eigen controles, alsook door een deskundig platform te bieden voor overleg tussen de Eurotransplantlanden over de gepaste preventieve en repressieve maatregelen.

C. *Aanmelding van donoren en het verbod op donorverzwijging*

1151. Uit artikel 10/10/1 KB Transplantatiecentra volgt dat de transplantatiecentra verplicht zijn om ieder donororgaan en de bijhorende karakteriseringsgegevens⁵⁵²¹ aan te melden bij Eurotransplant,⁵⁵²² dat krachtens artikel 13bis, § 1, 4° Orgaantransplantatiewet⁵⁵²³ voor het

⁵⁵¹² Art. 196 Sw.

⁵⁵¹³ Zie *supra* Deel III, Hoofdstuk I, Afd. 1, § 2, B.1. over de zakenrechtelijke kwalificatie van organen.

⁵⁵¹⁴ Art. 496 Sw.

⁵⁵¹⁵ Art. 461 Sw. In die zin: L. BOSMAN en M.L. LEROY-SWAANS, “Implications juridiques et morales des prélèvements et greffes d’organes”, *Rev. Méd. Liège* 1968, (588) 589.

⁵⁵¹⁶ Zie bv.: “Artsen manipuleerden wachtlijsten”, *De Standaard* 6 augustus 2012, 12-13.

⁵⁵¹⁷ Art. 504bis Sw.

⁵⁵¹⁸ Zie voor dit type schade: T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 652.

⁵⁵¹⁹ Zo werd één van de frauderende artsen in Duitsland reeds een schending van de code van medische ethiek verweten: “Doctor acquitted in organ donation scandal”, www.thelocal.de, 6 mei 2015.

⁵⁵²⁰ Vgl. *Vr. en Antw.* Senaat 2012-13, 23 januari 2013, Vr. nr. 5-7952 N. LIJNEN.

⁵⁵²¹ Zie over het begrip ‘karakterisering’ reeds *supra* Deel II, Hoofdstuk III, Afd. 2, § 2, A.

⁵⁵²² Dit behoort meer bepaald tot de taken van het transplantatiecoördinatieteam (art. 10, § 2, 1° en 5° KB Transplantatiecentra; Advies over het programma inzake de erkenningscriteria van de centra voor orgaantransplantatie van 10 september 1998 van de Nationale Raad voor Ziekenhuisvoorzieningen, www.health.belgium.be, 3). De functies “lokale donorcoördinatie” van de algemene ziekenhuizen zijn op hun beurt verplicht om potentiële donoren bij het transplantatiecoördinatieteam aan te melden (*cf. supra* Deel III, Hoofdstuk II, Afd. 1, § 3, B.2.a).

⁵⁵²³ Zie ook: Eurotransplant Manual, [versie 3.0., 2013], www.eurotransplant.org, nrs. 1.2.1.1. en 1.3.4. (*Joint declaration* van de ministers van Volksgezondheid).

bijhouden en beheren van die informatie instaat.⁵⁵²⁴ De centra mogen dus geen organen verzwijgen of achterhouden met het oog op allocatie naar eigen goeddunken. Niet-naleving van deze meldingsplicht kan strafrechtelijk worden gesanctioneerd.

Logischerwijze geldt deze meldingsplicht enkel voor donororganen die worden weggenomen met het oog op orgaantransplantatie.⁵⁵²⁵ Dit impliceert redelijkerwijze dat organen die volgens de huidige stand van de wetenschap ongeschikt zijn voor transplantatie, niet moeten worden aangemeld. Indien de organen wél geschikt zijn, rijst echter de vraag of een transplantatiecentrum deze organen alsnog voor ander gebruik dan transplantatie (bv. wetenschappelijk onderzoek) mag ‘bijhouden’ indien de donor toestemming gaf tot orgaanwegname, maar niets bepaalde over het gebruik, dan wel indien de donor expliciet ook andere gebruiken dan transplantatie toeliet, maar geen voorkeur kenbaar maakte. Het antwoord wordt steeds gedetermineerd door het zelfbepalingsrecht van de donor, maar verschilt enigszins naargelang de wilsverklaring van de donor al dan niet geregistreerd werd.

In geval van een geregistreerde donatieverklaring kan worden aangenomen dat de organen primair voor transplantatie moeten worden gebruikt en dus bij Eurotransplant moeten worden aangemeld. Hoewel deze registratieregeling zowel voor transplantatie als voor ander gebruik geldt,⁵⁵²⁶ vermeldt het huidige officiële registratieformulier immers enkel de “(...) *wegname en transplantatie van organen* (...)” (eigen onderlijning).

Indien het geen geregistreerde donatieverklaring betreft, dan moet in eerste instantie de werkelijke wil van de donor achterhaald worden, bv. via zijn naasten.⁵⁵²⁷ Indien daarbij geen andersluidende aanwijzingen gevonden worden, moet m.i. wederom worden aangenomen dat de organen primair voor transplantatie moeten worden gebruikt en dus bij Eurotransplant moeten worden aangemeld.⁵⁵²⁸ Enerzijds volgt dit uit de aannemelijke veronderstelling dat de meeste personen wel gunstig staan tegenover wegneming voor transplantatie, maar dat dezelfde gezindheid nog niet is aangetoond met betrekking tot ander gebruik. Anderzijds volgt dit m.i. uit de onmiskenbare bedoeling van de wetgever om het tekort aan te transplanteerbare organen te bestrijden,⁵⁵²⁹ terwijl dergelijke intentie niet (in dezelfde mate) lijkt te bestaan ten aanzien van ander gebruik dan transplantatie.

1152. De manier waarop de karakteriseringsgegevens (en andere kwaliteits- en veiligheidsinformatie)⁵⁵³⁰ moeten worden overgemaakt aan Eurotransplant, werd met het oog op een kwaliteitsvolle en veilige orgaanuitwisseling⁵⁵³¹ uniform bepaald in Uitvoeringsrichtlijn 2012/25/EU van de Commissie van 9 oktober 2012 tot vaststelling van informatieprocedures

⁵⁵²⁴ De grondslag van deze meldingsplicht is enige tijd onduidelijk geweest. Aanvankelijk stond deze meldingsplicht zeer duidelijk in art. 2, § 1 en art. 8, § 2 oud KB Allocatie. In 2012 werden deze bepalingen echter vreemd genoeg opgeheven door (zie ook de opmerking in: Advies Raad van State, *Parl. St.* Kamer 2013-14, nr. 53-3260/001, 74-75). Sommige auteurs verwijzen nog steeds ten onrechte naar art. 2 oud KB Allocatie: H. NYS, L. BODDEZ en E. VANERMEN, *Overzicht van het gezondheidsrecht in 2012, 2013 en 2014*, 2015, 155; N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, Antwerpen, Intersentia, 2015, nr. 780.

⁵⁵²⁵ Het toepassingsgebied van het KB Transplantatiecentra en de Orgaantransplantatiewet is immers beperkt tot orgaantransplantatie. Zie vroeger ook duidelijk: art. 2, § 1 oud KB Allocatie: “*Elk orgaan dat met het oog op transplantatie weggenomen wordt, moet (...)*”.

⁵⁵²⁶ Zie *supra* Deel V, Hoofdstuk III, Afd. 1, § 1, B.2.

⁵⁵²⁷ Zie reeds *supra* Deel V, Hoofdstuk III, Afd. 2, § 1, C.3.

⁵⁵²⁸ Zie ook: N. VAN GELDER, “Post-Mortem Donation – Presumed Consent for Research Purposes? A comparative study”, *CD of proceedings of the 18th World Congress on Medical Law 2010*, 9-10, die dit logisch vindt; sec. 11(d) UAGA 2006; Memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, 22.358, 44 (i.v.m. art. 16 en 17 WOD).

⁵⁵²⁹ Vgl. *Adams v. King County*, 192 P.3d 891 (Sup. C. Wash. 2008) (ziekenhuis krijgt voorrang op onderzoekinstelling in geval van een ‘undesigned gift’ betreffende hersenweefsel, gelet op het feit dat orgaan donatie het hoofddoel van de geldende wetgeving is).

⁵⁵³⁰ Zie met name in verband met het orgaanvigilantiesysteem *infra* Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, A.4. van dit Deel.

⁵⁵³¹ Considerans 27 Richtlijn 2010/53/EU en considerans 1 Uitvoeringsrichtlijn 2012/25/EU.

voor de uitwisseling tussen lidstaten van menselijke organen bestemd voor de transplantatie⁵⁵³² (verkort: Uitvoeringsrichtlijn 2012/25/EU). Deze richtlijn werd naar Belgisch recht omgezet via drie KB's.⁵⁵³³ De opgelegde modaliteiten betreffen onder meer het nationale contactpunt voor de informatieuitwisseling met de bevoegde autoriteiten of gedelegeerde instanties⁵⁵³⁴ van andere landen (voor België is dit Eurotransplant), de mogelijke informatiedragers, de taal, een verbod op onnodige vertraging, een registratieverplichting en een aantal verplichte vermeldingen.

D. Opstellen van de allocatielijst

1153. Zodra de nodige donorgegevens zijn overgemaakt, start de allocatieprocedure.⁵⁵³⁵ Die procedure leidt tot het opstellen van de *match list* of allocatielijst.⁵⁵³⁶ Deze lijst bevat een rangschikking van de meest geschikte kandidaat-ontvangers voor een bepaald (al dan niet weggenomen)⁵⁵³⁷ orgaan. Het betreft geen louter chronologische weergave op basis van de toetreding tot de wachtlijst.⁵⁵³⁸ De rangschikking is namelijk ook op andere selectiecriteria gebaseerd. Alle officiële criteria zitten vervat in de Eurotransplant praktijkhandleiding.⁵⁵³⁹ Hier werden ze uitgewerkt in orgaanspecifieke allocatiesysteem,⁵⁵⁴⁰ wat te verantwoorden is wegens de eigen kenmerken van de verschillende soorten organen (bv. het al dan niet bestaan van een vervangingstherapie zoals nierdialyse, de preservatietijd,...).⁵⁵⁴¹

Deze allocatiesystemen werden vooraf uitgewerkt door artsen in orgaanspecifieke comités binnen Eurotransplant en besproken op de Algemene Vergadering van Eurotransplant.⁵⁵⁴² Dit waarborgt een objectieve en transparante besluitvorming,⁵⁵⁴³ wat de procedurele rechtvaardigheid bevordert. Anders dan in de Verenigde Staten⁵⁵⁴⁴ en het Verenigd

⁵⁵³² Pb. L., 10 oktober 2012, afl. 275, 27. Deze richtlijn kwam tot stand op grond van art. 29 Richtlijn 2010/53/EU. Ze moest op 10 april 2014 omgezet zijn (art. 9, lid 1 Uitvoeringsrichtlijn 2012/25/EU).

⁵⁵³³ KB van 25 april 2014 tot bepaling van de taken toegewezen aan de Europese orgaanuitwisselingsorganisatie wat betreft de vaststelling van informatieprocedures voor de uitwisseling van menselijke organen tussen de lidstaten van de Europese Unie, BS 20 juni 2014; KB tot wijziging van het koninklijk besluit van 23 juni 2003 houdende vaststelling van de normen waaraan een transplantatiecentrum moet voldoen om te worden erkend als medische dienst zoals bedoeld in artikel 44 van de wet op de ziekenhuizen, gecoördineerd op 7 augustus 1987, BS 28 mei 2014; KB van 4 april 2014 tot wijziging van het koninklijk besluit van 10 november 2012 houdende vaststelling van de normen waaraan een functie "lokale donorcoördinatie" moet voldoen om te worden erkend en erkend te blijven, BS 28 mei 2014. Om de Koning hiervoor een duidelijke rechtsgrond te bieden, werden art. 1ter en 13bis, § 3 Orgaantransplantatiewet aangepast bij art. 26 en 29 wet van 7 februari 2014 houdende diverse bepalingen inzake de toegankelijkheid van de gezondheidszorg (BS 25 februari 2014; zie ook: memorie van toelichting, Parl. St. Kamer 2013-14, nr. 53-3260/1, 29).

⁵⁵³⁴ Dit zijn de instanties waaraan taken werden gedelegeerd conform art. 17, lid 1 Richtlijn 2010/53/EU of een Europese orgaanuitwisselingsorganisatie waaraan taken werden gedelegeerd conform art. 21 van dezelfde richtlijn. Zie: art. 1ter, 16° Orgaantransplantatiewet.

⁵⁵³⁵ Eurotransplant Manual, [versie 3.0., 2013], www.eurotransplant.org, nrs. 1.2.1.1. en 3.1.

⁵⁵³⁶ Eurotransplant Manual, [versie 3.0., 2013], www.eurotransplant.org, nr. 3.2.3.; J. DE MEESTER, "Wachten op een niertransplantatie – Deel 2", *Orpadt forum*, jaargang 3, 2.

⁵⁵³⁷ Hart-, long-, lever- en pancreas-ontvangers worden vrijwel steeds vóór de orgaanwegname aangeduid. Bij nieren wordt de toewijzing echter vaak ook bepaald door de anatomie van de nier, die pas na de nierwegname gekend zal zijn (cf. J. DE MEESTER, "Wachten op een niertransplantatie – Deel 2", *Orpadt forum*, jaargang 3, 2). De wet vereist alleszins niet dat de ontvanger reeds gekend is op het moment van orgaanwegname bij een overledene (S. OSCHINSKY en Y. OSCHINSKY, "Prélèvement et transplantation d'organes", *JT* 1987, (169) 170; H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 2005, 512).

⁵⁵³⁸ *Vr. en antw.* Kamer 1996-97, 28 augustus 1996, (Vr. nr. 214 H. BROUNS); Verslag DETIÈGE, *Parl. St. Kamer* 2006-07, nr. 51-2680/5, 11.

⁵⁵³⁹ Eurotransplant Manual, [versie 3.0., 2013], www.eurotransplant.org, nr. 1.2.4.

⁵⁵⁴⁰ Zie: Eurotransplant Manual, [versie 3.0., 2013], www.eurotransplant.org, chapters 4 t.e.m. 7.

⁵⁵⁴¹ Zie ook: J.B. DOSSETOR, o.c. in W. LAND en J.B. DOSSETOR (eds.), *Organ Replacement Therapy*, 1991, (393) 393; Memorie van toelichting Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 37; N. NEFUSSY-LEROY, *Organes humains*, 1999, 192-195; K. ZALEWSKA, "Introduction To Patient Selection And Allocation Policies (POL200/2.1)", www.odt.nhs.uk, 5.

⁵⁵⁴² Eurotransplant Manual, [versie 3.0., 2013], www.eurotransplant.org, nrs. 1.5.1.13 en 1.5.1.15 (art. 13.c en art. 15.1.a Articles of Association).

⁵⁵⁴³ T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 179.

⁵⁵⁴⁴ 42 USC § 273(b)(H); 42 CFR § 486.324; 42 CFR § 121.3(a)(ii) en (iii) (kandidaat-ontvangers, ontvangers, familieleden van donoren).

Koninkrijk⁵⁵⁴⁵ bestaat er echter geen verplichting om ook leken te laten participeren aan de totstandkoming van de allocatiesystemen. Dit is m.i. terecht. Hoewel betrokkenheid van het publiek in het allocatiegebeuren tot meer procedurele rechtvaardigheid kan leiden,⁵⁵⁴⁶ tonen de ervaringen met het zogenaamde *God Squad*⁵⁵⁴⁷ van het Amerikaanse Seattle Swedish Hospital uit de jaren '60 aan dat besluitvorming met behulp van leken moeilijk te verenigen is met distributieve rechtvaardigheid. Men ontrekt immers de nodige medische kennis, wat dan veeleer tot sociale willekeur leidt.⁵⁵⁴⁸ Bovendien is het zeer moeilijk om te bepalen welke leken representatief zijn voor de bevolking.⁵⁵⁴⁹ De publieke participatie hoort dus veeleer de vorm van een externe controle aan te nemen. Eurotransplant laat dit toe door te voorzien in vertegenwoordiging van de overheid.⁵⁵⁵⁰ Bovendien bestaat er transparantie naar het publiek toe. Op de Eurotransplantwebsite zijn de praktijkhandleiding, allerlei statistieken⁵⁵⁵¹ en andere toelichting eenvoudig te vinden. Deze transparantie bevordert wederom de procedurele rechtvaardigheid van het systeem.⁵⁵⁵² Voorts worden de criteria toegepast door ze om te zetten in welbepaalde algoritmes⁵⁵⁵³ (waarbij de criteria vaak worden vertegenwoordigd door een puntenscore) en op basis hiervan de voorrang te berekenen via een speciaal daartoe ontworpen computersysteem.⁵⁵⁵⁴ Aangezien zo een zekere objectiviteit wordt gewaarborgd, kan ook dit geacht worden de procedurele rechtvaardigheid te bevorderen.⁵⁵⁵⁵

1154. Eenmaal de allocatielijst is opgesteld, zal Eurotransplant het orgaan aan de kandidaat-ontvanger bovenaan de allocatielijst aanbieden via diens transplantatiecentrum.⁵⁵⁵⁶ Het betreft dus een patiëntgeoriënteerde allocatie.⁵⁵⁵⁷ De behandelende arts zal dan een halfuur tot een uur de tijd hebben om te beoordelen of het orgaan inderdaad geschikt is voor de ontvanger en om

⁵⁵⁴⁵ K. ZALEWSKA, "Introduction To Patient Selection And Allocation Policies (POL200/2.1)", www.odt.nhs.uk, 4.

⁵⁵⁴⁶ Zie al *supra* Afd. 1, § 2, B van dit Hoofdstuk.

⁵⁵⁴⁷ De officiële benaming was het *Admissions and Policies Committee*. De groep bestond uit een advocaat, een predikant, een bankier, een huisvrouw, een ambtenaar van de staat, een vakbondsleider en een chirurg. Zij moesten beslissen welke patiënten een dialysebehandeling zouden krijgen, aangezien er destijds onvoldoende dialyseapparatuur beschikbaar was om alle kandidaten te helpen. Zie: S. ALEXANDER, "They Decide Who Lives, Who Dies", *LIFE* 1962, 102-125; A.R. JONSEN, "The God Squad and the Origin of Transplantation Ethics and Policy", *J. Law., Med. & Ethics* 2007, 238-240. Vgl. de ophef ten gevolge van de 'Grote Donorshow' in Nederland, waarbij het publiek per sms kon stemmen aan wie van de drie kandidaten een orgaan zou worden gedoneerd: " 'Orgaanshow is onethisch, maar niet tegen te houden' ", *De Morgen* 30 mei 2007, 3 (achteraf bleek deze show weliswaar een *hoax* te zijn).

⁵⁵⁴⁸ H.J.J. LEENEN, o.c., *TvGR* 1980, (243) 257-258; G.J. ANNAS, o.c., *Am. J. Pub. Health* 1985, (187) 187-188 [check 188-189]; J.M. GREEP, "Medisch-ethische aspecten bij transplantatie" in J.M. GREEP (ed.), *Orgaantransplantatie*, Leiden, Stafleu, 1970, (352) 356-357.

⁵⁵⁴⁹ Vgl. A.B. SHAW, o.c. in H. KUHSE en P. SINGER (eds.), *Bioethics*, 1999, (374) 377.

⁵⁵⁵⁰ Zie reeds *supra* Deel III, Hoofdstuk II, Afd. 1, § 5.

⁵⁵⁵¹ In dit verband moet worden opgemerkt dat Eurotransplant zich krachtens art. 13bis, § 4 Orgaantransplantatiewet ertoe moet verbinden om de wet van 4 juli 1962 betreffende de openbare statistiek (*BS* 20 juli 1962) na te leven.

⁵⁵⁵² Cf. *supra* Afd. 1, § 2, B van dit Hoofdstuk. Zie ook de aanbeveling in verband met publieksinformatie in Recommendation Rec(2001)5 of 7 march 2001 of the Committee of Ministers to member states on the management of organ transplant waiting lists and waiting times, <http://www.coe.int>, nr. 10.

⁵⁵⁵³ Eurotransplant Manual, [versie 3.0., 2013], www.eurotransplant.org, nrs. 4.3. (nieren), 5.4. (lever), 6.4. (hart en longen), 7.2.2. (pancreas) en 8.4. (darm).

⁵⁵⁵⁴ G. VAN BEEUMEN, o.c., *Orpadi forum*, jaargang 1, 4; B. AMERIJKX, "Allocatie van post-mortale donornieren binnen Eurotransplant", *Orpadi forum* 2008, jaargang 8, nr. 2, (24) 26 e.v.; L. COLENBIE, o.c. in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, Leuven, Acco, 2014, (29) 31-32.

⁵⁵⁵⁵ Vgl. D.P.T. PRICE, o.c. in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2008, (163) 171; R.M. VEATCH, o.c. in W. LAND en J.B. DOSSETOR (eds.), *Organ Replacement Therapy*, 1991, (331) 332. Zie ook: BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, *Building on Progress*, 2012, www.bma.org.uk/ethics, 22, waar erop wordt gewezen dat dit ook de versnelling van de allocatie als voordeel heeft.

⁵⁵⁵⁶ Tegelijk wordt een reserveaanbod gedaan aan het centrum van de kandidaat-ontvanger op de tweede plaats van de allocatielijst teneinde tijdverlies in geval van weigering van het primaire aanbod te vermijden. Zie: Eurotransplant Manual, [versie 3.0., 2013], www.eurotransplant.org, nrs. 1.2.1.1., 3.2.3.1. en 3.2.3.2.; J. DE MEESTER, "Wachten op een niertransplantatie – Deel 2", *Orpadi forum*, jaargang 3, 2.

⁵⁵⁵⁷ Eurotransplant Manual, [versie 3.0., 2013], www.eurotransplant.org, nrs. 1.3.3. en 3.2.3.; B. DESSCHANS *et al.*, o.c., *Acta Chir. Belg.* 2008, (31) 31.

het aanbod al dan niet te aanvaarden. Aanvaarding van een ongeschikt orgaan en afwijzing van een geschikt orgaan kunnen leiden tot de aansprakelijkheid van de arts.⁵⁵⁵⁸ Ten behoeve van de procedurele rechtvaardigheid is het hierbij m.i. aangewezen om de arts zoals in het verenigd Koninkrijk,⁵⁵⁵⁹ de Verenigde Staten⁵⁵⁶⁰ en Frankrijk⁵⁵⁶¹ een schriftelijke motiveringsplicht op te leggen. Bovendien heeft de kandidaat-ontvanger zelf ook het recht om zijn vrije, geïnformeerde toestemming tot transplantatie van het toegewezen orgaan te geven. Weliswaar veronderstelt dit recht in principe enige overwegingstermijn, maar deze mag korter zijn naarmate de ingreep dringender is.⁵⁵⁶² Bovendien zal de kandidaat-ontvanger normaal al uitvoerig zijn geïnformeerd ten tijde van de plaatsing op de wachtlijst.⁵⁵⁶³ Eenmaal het aanbod is aanvaard, zal het in principe niet meer kunnen worden ingetrokken.⁵⁵⁶⁴ Eurotransplant zal dan het centrum van de donor in contact brengen met het centrum van de ontvanger.⁵⁵⁶⁵

Indien het orgaan via de patiëntgeoriënteerde allocatie door niemand wordt aanvaard, dan zal Eurotransplant een centrumgeoriënteerd aanbod doen: de centra nabij het donorziekenhuis mogen dan zelf ontvangers van hun wachtlijst kiezen.⁵⁵⁶⁶ Indien ook dit centrumaanbod niet wordt aanvaard, dan zal Eurotransplant het orgaan doorverwijzen naar één van haar zusterorganisaties.⁵⁵⁶⁷

§ 2. WETTELIJKE MINIMUMCRITERIA

1155. Bij het uitwerken van de orgaanspecifieke allocatiesystemen moet Eurotransplant krachtens artikel 13bis, § 2 Orgaantransplantatiewet waarborgen dat een aantal allocatiecriteria in acht worden genomen. Het betreft meer bepaald vijf criteria.⁵⁵⁶⁸

- optimale compatibiliteit tussen de weggenomen organen en de kandidaat-ontvangers;
- een billijk evenwicht tussen het aantal vanuit België geëxporteerde organen en het aantal in België geïmporteerde organen (de ‘landenbalans’);
- medische urgentie;
- effectieve wachttijd van de kandidaat-ontvangers; en
- en de afstand tussen het centrum waar het orgaan wordt weggenomen en het centrum waar het zal worden getransplanteerd.

Uit hun formulering in de wet kan worden opgemaakt dat het slechts minimumcriteria betreft.⁵⁵⁶⁹ Eurotransplant moet dus minstens deze wettelijke criteria in zijn allocatiesystemen

⁵⁵⁵⁸ Zie uitgebreider *infra* Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, A.2. van dit Deel. Zie evenwel: Juridische nota, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220-9, 54, waar een geïnformeerde toestemming wegens de snelheid van dergelijke procedures moeilijk werd geacht.

⁵⁵⁵⁹ K. ZALEWSKA, “Introduction To Patient Selection And Allocation Policies (POL200/2.1)”, www.odt.nhs.uk, 5.

⁵⁵⁶⁰ 42 CFR § 121.2(b).

⁵⁵⁶¹ AGENCE DE LA BIOMÉDICINE, “Procédures d’application des règles de répartition et d’attribution des greffons prélevés sur personne décédée”, 2014, www.agence-biomedicine.fr, 5.

⁵⁵⁶² T. VANSWEEVELT en S. TACK, *o.c.* in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (331) 408.

⁵⁵⁶³ Zie reeds *supra* Afd. 2, § 4 van dit Hoofdstuk.

⁵⁵⁶⁴ Eurotransplant Manual, [versie 3.0., 2013], www.eurotransplant.org, nr. 3.2.3.

⁵⁵⁶⁵ Eurotransplant Manual, [versie 3.0., 2013], www.eurotransplant.org, nr. 3.2.4.

⁵⁵⁶⁶ Eurotransplant Manual, [versie 2.7., 2014], www.eurotransplant.org, nr. 3.2.3.3. Zie voor een centrumgeoriënteerde verdeling ook in verband met *split-liver* transplantatie (Eurotransplant Manual, [versie 4.0., 2013], www.eurotransplant.org, nr. 5.3.8.) en bij levers van *non-heart-beating* donoren (Eurotransplant Manual, [versie 3.0., 2013], www.eurotransplant.org, nr. 5.3.10.1.3).

⁵⁵⁶⁷ Eurotransplant Manual, [versie 3.0., 2013], www.eurotransplant.org, nr. 3.2.3.5. Zie over deze ‘surplusorganen’ al *supra* Afd. 2, § 2, A.2.a. van dit Hoofdstuk.

⁵⁵⁶⁸ Deze criteria werden in de wet opgenomen met het oog op rechtszekerheid: Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2011-12, nr. 53-2158/1, 34.

⁵⁵⁶⁹ Zie ook: art. 7, § 2 oud KB Allocatie (“Voor de toewijzing van organen houdt het toewijzingsorganisme tenminste rekening met volgende elementen: (...)”; eigen onderlijning); A.-C. SQUIFFLET, “Le don d’organes après le décès: mode d’emploi”, *Jurimag* 2012, nr. 10, (11) 12. Anders: art. 18, lid 3 Nederlandse WOD, dat gelijkaardige criteria vooropstelt, maar dan op limitatieve wijze (“Bij de aanwijzing wordt met geen andere factoren rekening gehouden dan (...)”).

incorporeren, maar kan ook andere criteria hanteren zolang deze uiteraard verenigbaar zijn met de wettelijke criteria (bv. niet voorrang op basis van betaling). Er is weliswaar niet voorzien in een strafbaarstelling voor de miskennis van deze criteria. Bovendien bepaalt de wet niets over de onderlinge hiërarchie van de wettelijke minimumcriteria. De criteria zijn oorspronkelijk slechts bedoeld als ‘objectieven’ die redelijkerwijze nagestreefd moeten worden.⁵⁵⁷⁰ Eurotransplant beschikt hier dus over een aanzienlijke normatieve beoordelingsmarge.⁵⁵⁷¹ Hierna zullen deze criteria achtereenvolgens van naderbij worden bekeken.

A. Optimale compatibiliteit

1156. Volgens artikel 13bis, § 2, 1° Orgaantransplantatiewet moet Eurotransplant een optimale ‘compatibiliteit’ tussen de weggenomen organen en de kandidaat-ontvangers garanderen. De compatibiliteit heeft betrekking op verschillende aspecten. Allereerst veronderstelt het een *immunologische* compatibiliteit.⁵⁵⁷² Voor alle organen is meer bepaald een ABO-bloedgroepmatch van belang.⁵⁵⁷³ Voor nieren speelt ook de HLA-match (‘histocompatibiliteit’)⁵⁵⁷⁴ een rol. Voor andere organen speelt HLA-matching in principe weinig tot geen rol, omdat het voordeel van het uitvoeren van een HLA-onderzoek niet zou opwegen tegen het nadeel, nl. de inkorting van de reeds korte preservatietijd.⁵⁵⁷⁵ Naast de immunologische compatibiliteit is ook de *anatomische* compatibiliteit (bv. grootte of gewicht van de donor) van belang voor hart, longen, lever en darmen.⁵⁵⁷⁶ Ten slotte moet ook rekening worden gehouden met de *virologische* compatibiliteit (m.n. geen schadelijke ziekteoverdracht).⁵⁵⁷⁷

Het compatibiliteitscriterium vindt zijn ethische grondslag in het principe van medische utiliteit.⁵⁵⁷⁸ Een voldoende graad van compatibiliteit is immers nodig opdat de transplantatie succesvol kan zijn. De compatibiliteit moet dan ook als één van de belangrijkste selectiecriteria worden beschouwd.⁵⁵⁷⁹

1157. De wet vereist in het bijzonder dat de compatibiliteit ‘optimaal’ is. De juiste draagwijdte van dit vereiste is van belang voor de zgn. hooggeïmmuniseerde (of hooggesensibiliseerde)

⁵⁵⁷⁰ Advies van de Raad van State bij Erratum KB van 24 november 1997 betreffende het wegnemen en toewijzen van organen van menselijke oorsprong, BS 26 mei 1998, nr. 6.1. Vgl. Nederland, waar dit eveneens geldt: art. 18, lid 3 WOD en R.D. FRIELE *et al.*, *Derde evaluatie Wet op de orgaandonatie*, 2006, 120 en 122.

⁵⁵⁷¹ T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 32.

⁵⁵⁷² Eurotransplant Manual, [versie 3.0., 2013], www.eurotransplant.org, nr. 1.2.1.1. Vgl. art. 18, lid 3 Nederlandse WOD (bloed- en weefselovereenkomst). Zie over de immunologische aspecten van transplantatie reeds *supra* Deel I, Hoofdstuk I, Afd. 2, § 2.

⁵⁵⁷³ Eurotransplant Manual, [versie 3.0., 2013], www.eurotransplant.org, nrs. 4.2.3. (nieren), 5.3.7. (lever), 7.2.2.1.1. (pancreas) en 8.2.1. (darm), maar voor hart en longen (nrs. 6.1.5.2.1.1., 6.2.5.2.1. en 6.3.7.9.1.5.) is ABO-incompatibiliteit soms wel mogelijk. Zie ook: Aanbeveling iv in Resolution CM/Res(2013)56 on the development and optimisation of live kidney donation programmes, <http://www.coe.int>, waar overschrijding van de ABO-grens niet wordt uitgesloten.

⁵⁵⁷⁴ Zie ook: Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 51-2680/1, 4 en 6.

⁵⁵⁷⁵ Cf. R. VANHOLDER, “Transplanttolerantie”, *T. Gen.* 1999, nr. 23, (1676) 1679-1680; M.H. BEERS *et al.*, *Merck Manual. Medisch handboek*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum, 2005 (2^{de} ed.), 1082; D. VAN RAEMDONCK en J. SMITS, *o.c.*, *T. Gen.* 2015, (180) 184.

⁵⁵⁷⁶ Eurotransplant Manual, [versie 3.0., 2013], www.eurotransplant.org, nr. 1.2.1.1.

⁵⁵⁷⁷ J. DE MEESTER, “Wachten op een niertransplantatie – Deel 2”, *Orpadt forum*, jaargang 3, 1. Zie hierover uitgebreider *infra* Hoofdstuk II van dit Deel.

⁵⁵⁷⁸ J.B. DOSSETOR, *o.c.* in W. LAND en J.B. DOSSETOR (eds.), *Organ Replacement Therapy*, 1991, (393) 395; THE UNOS ETHICS COMMITTEE, *o.c.*, *Transpl. Proc.* 1992, (2227) 223; J. MICHAUD, *o.c.* in R. CARVAIS en M. SASPORTES (eds.), *La greffe humaine*, Parijs, Presses universitaires de France, 2000, (743) 745; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 459-460.

⁵⁵⁷⁹ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2005-06, nr. 51-2680/1, 8 (naar aanleiding van de invoering van het compatibiliteitscriterium in de landenbalans in de wet); S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 876 en 883. Zie specifiek i.v.m. Eurotransplant: *Vr. en Antw.* Kamer 1992-93, 9 juli 1992, (Vr. nr. 61 MINET); Vraag nr. 3-2111 P. VANKRUNKELSVEN, *Hand. Senaat* 2006-07, 57; J. DE MEESTER, “Wachten op een niertransplantatie – Deel 2”, *Orpadt forum*, jaargang 3, 4.

patiënten. Deze patiënten hebben een hoog aantal HLA-antistoffen (door eerder contact met vreemde stoffen via voornamelijk bloedtransfusie, zwangerschap of een vorige transplantatie), waardoor ze nog maar weinig kans hebben om een orgaan met een goede, laat staan ‘optimale’ compatibiliteit te vinden.⁵⁵⁸⁰ Hooggeïmmuniseerde patiënten zijn dus (onverdiend) benadeeld ten opzichte van andere kandidaat-ontvangers op het vlak van genezingskansen. Volgens het billijkheidsprincipe moet deze gelijkheid dan ook gecompenseerd worden.⁵⁵⁸¹ Binnen Eurotransplant is dergelijke billijkheidscorrectie aangebracht via het *Acceptable Mismatch* programma voor nieren. In dit programma kunnen nieren die geen goede HLA-match opleveren, toch prioritair aan de hooggeïmmuniseerde patiënten worden toegewezen voor zover ze geen positieve *cross match*⁵⁵⁸² met dit orgaan vertonen.⁵⁵⁸³

Enerzijds zou het wettelijk vereiste van ‘optimale’ compatibiliteit letterlijk kunnen worden opgevat. In dat geval zou het *Acceptable Mismatch* programma van Eurotransplant in strijd zijn met de Orgaantransplantatiewet, aangezien dit programma slechts een matige immunologische compatibiliteit oplevert. De wet zou dan evenwel ten nadele van de hooggeïmmuniseerde patiënten ingaan tegen het principe van billijkheid.

Anderzijds zou het vereiste van ‘optimale’ compatibiliteit ook meer in de lijn van de (vermoedelijke) bedoeling van de wetgever kunnen worden geïnterpreteerd. Toen het compatibiliteitscriterium nog bij KB werd bepaald, werd slechts compatibiliteit zonder meer vereist.⁵⁵⁸⁴ De toenmalige minister had daarbij aangegeven dat een optimale compatibiliteit niet steeds nodig is, aangezien ook een niet volledig compatibel orgaan dankzij anti-afstotingsmedicatie een aanzienlijke verbetering van de levenskwaliteit kan opleveren.⁵⁵⁸⁵ Deze opvatting getuigt van een meer evenwichtige benadering van de principes van medische utiliteit en billijkheid. Wanneer het compatibiliteitscriterium daarentegen werd overgeheveld naar de Orgaantransplantatiewet werd geen enkele toelichting gegeven over de toevoeging van het optimaliteitsvereiste. Gelet op de parlementaire stukken was het blijkbaar slechts de bedoeling om het compatibiliteitscriterium een wettelijke basis te geven zonder iets inhoudelijk te willen veranderen aan de allocatiecriteria (incl. het AM-programma) van Eurotransplant.⁵⁵⁸⁶ Het staat bovendien bekend dat de samenwerking via een internationale organisatie als Eurotransplant nu juist voor de hooggeïmmuniseerde patiënten van groot belang is. De toevoeging van het optimaliteitsvereiste lijkt me daarom veeleer een onbedoelde verschrijving te zijn. Aangezien deze soepele interpretatie rekening houdt met zowel het utiliteit- als het billijkheidsprincipe verdient ze m.i. de voorkeur. Een orgaan is dan als ‘optimaal’ compatibel te beschouwen indien ze in het licht van de concrete omstandigheden (incl. de lage kans op het vinden van een geschikt orgaan) als de beste, meest billijke optie kan worden beschouwd. Het is uiteraard aangeraden om de wet ook effectief in die zin te verduidelijken door weglating van de term ‘optimale’.

⁵⁵⁸⁰ GEZONDHEIDSRAAD, *Het belang van weefselovereenkomst bij niertransplantatie*, Den Haag, Gezondheidsraad, 2006, nr. 2006/08, 11-12 en 48-49; J. DE MEESTER, “Wachten op een niertransplantatie – Deel 3”, *Orpadt forum*, jaargang 3, 5-6.

⁵⁵⁸¹ Vgl. THE UNOS ETHICS COMMITTEE, o.c., *Transpl. Proc.* 1992, (2227) 2232; R.J. DEVETTERE, *Practical decision making in health care ethics*, 2000, 527; D. STEINBERG, o.c., *Ann. Intern. Med.* 2006, (197) 199.

⁵⁵⁸² Een positieve *cross match* of kruisproef voerspelt immers hyperacute afstoting (J.A. KOBASHIGAWA, “The Future of Heart Transplantation”, *American Journal of Transplantation* 2012, vol. 12, (2875) 2876), wat volkomen in strijd zou zijn met het utiliteitsprincipe.

⁵⁵⁸³ Eurotransplant Manual, [versie 3.0., 2013], www.eurotransplant.org, nrs. 4.2.5. en [versie 2.0., 2013] 10.5.

⁵⁵⁸⁴ Art. 7, § 2, 1° oud KB Allocatie.

⁵⁵⁸⁵ Verslag aan de Koning bij oud KB Allocatie. Zie ook over de goede resultaten qua transplantatoeverleving binnen het AM-programma: F.H.J. CLAAS *et al.*, “The Acceptable Mismatch Program as a Fast Tool for Highly Sensitized Patients Awaiting a Cadaveric Kidney Transplantation: Short Waiting Time and Excellent Graft Outcome”, *Transplantation* 2004, (190) 190; J. DE MEESTER, “Wachten op een niertransplantatie – Deel 2”, *Orpadt forum*, jaargang 3, 4.

⁵⁵⁸⁶ Cf. Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2005-06, nr. 51-2680/1, 6 en 8-9.

B. De landenbalans

1158. Volgens artikel 13bis, § 2, 2° Orgaantransplantatiewet moet Eurotransplant voorts een billijk evenwicht tussen het aantal vanuit België geëxporteerde organen en het aantal in België geïmporteerde organen garanderen. De term ‘billijk’ werd helaas niet door de wetgever verduidelijkt.⁵⁵⁸⁷ Hij lijkt erop te wijzen dat het evenwicht niet steeds een gelijke hoeveelheid van geëxporteerde en geïmporteerde organen vereist indien daarvoor een billijke reden (bv. urgentiegevallen)⁵⁵⁸⁸ bestaat. Eurotransplant voorziet thans in een export-importbalans ten aanzien van alle Eurotransplantlanden.⁵⁵⁸⁹

De landenbalans is een algemeen aanvaard criterium.⁵⁵⁹⁰ Het kan m.i. ethisch gestoeld worden op het principe van sociale utiliteit. Dit criterium moet immers voorkomen dat een land met een hoog donoraantal veel meer organen zou moeten exporteren dan het terugkrijgt.⁵⁵⁹¹ Dit zou vanzelfsprekend de eigen patiënten sterk benadelen en de solidariteit met de andere Eurotransplantlanden ondermijnen. Dit zou op zijn beurt ertoe kunnen leiden dat de donatiebereidheid binnen het exporterende land in zijn geheel zou dalen, wat de nadelen voor de samenleving enkel nog maar zou versterken. Via de landenbalans kunnen daarentegen de donatiebereidheid en dus het orgaanaanbod worden beschermd en de sociale baten gemaximaliseerd worden.⁵⁵⁹² Bovendien zouden de landen met een minder hoog orgaanaanbod zo zelfs gestimuleerd kunnen worden om hun aantal donoren te verbeteren,⁵⁵⁹³ wat wederom sociale baten oplevert. In het bijzonder zorgt de landenbalans er eveneens voor dat de bescherming van het orgaanaanbod via de uitsluiting van vreemdelingen van de Belgische wachtlijsten (art. 13ter Orgaantransplantatiewet)⁵⁵⁹⁴ niet wordt ondermijnd doordat deze vreemdelingen alsnog via de wachtlijst van een ander Eurotransplantland een orgaan ten laste van België zouden verkrijgen.⁵⁵⁹⁵

1159. De landenbalans zou niettemin verstoord kunnen worden. Artikel 13ter Orgaantransplantatiewet laat immers toe dat bepaalde patiënten uit één van de andere Eurotransplantlanden zich op een Belgische wachtlijst inschrijven en zo voor rekening van de Belgische balans een orgaan ontvangen. Hierop werd al meermaals gewezen naar aanleiding van voornamelijk Nederlandse patiënten die via dit ‘achterpoortje’ in België getransplanteerd werden.⁵⁵⁹⁶ Er werden hiervoor verschillende oplossingen voorgesteld.

⁵⁵⁸⁷ Art. 7, § 2, 3° oud KB Allocatie vereiste een ‘redelijk’ evenwicht. Ook deze term werd nooit toegelicht. Om dezelfde reden als werd uiteengezet aangaande het begrip ‘optimale’ compatibiliteit (zie *supra* A van deze paragraaf), kan worden aangenomen dat met de overstap van ‘redelijk’ naar ‘billijk’ geen inhoudelijke verandering werd beoogd.

⁵⁵⁸⁸ Zie specificatie over urgentie *infra* C van deze paragraaf.

⁵⁵⁸⁹ Eurotransplant Manual, [versie 3.0., 2013], www.eurotransplant.org, nrs. 4.2.2.6. (nieren), 5.4.5. (lever), 6.1.5.1.1., 6.2.5.1.1. en 6.3.7.9.1.1. (hart en longen) en 7.2.2.3. (pancreas). Binnen het allocatiesysteem de darmen werd echter geen verwijzing naar een landenbalans teruggevonden.

⁵⁵⁹⁰ H.D.C. ROSCAM ABBING, o.c., *Health Policy* 1990, (105) 113; Advies van de Raad van State bij Erratum KB van 24 november 1997 betreffende het wegnemen en toewijzen van organen van menselijke oorsprong, *BS* 26 mei 1998, nr. 6.2.; A.J. HOITSMA, “Hoger op de wachtlijst voor nier na eerdere donatie: een kwestie van geven en nemen”, *Ned. T. Gen.* 2011, (954) 954; I.G. COHEN, o.c., *Law & Contemp. Probs.* 2014, (175) 208-211.

⁵⁵⁹¹ Vgl. L. COLENBIE, o.c. in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, Leuven, Acco, 2014, (29) 32.

⁵⁵⁹² Vgl. met de redenering inzake het verbod op plaatsing van patiënten zonder gekwalificeerde band met België op de Belgische wachtlijsten (*supra* Afd. 2, § 2, A.1.b. van dit Hoofdstuk). Zie daarnaast ook: Ethical Charter for Eurotransplant International Foundation (2011), www.eurotransplant.org, met verwijzing naar het solidariteitsprincipe; S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 887, met verwijzing naar het principe dat organen moeten gaan naar de dichte omgeving.

⁵⁵⁹³ “Eurotransplant”, *magUZA* 2005, nr. 63; I.G. COHEN, o.c., *Law & Contemp. Probs.* 2014, (175) 211-212.

⁵⁵⁹⁴ Zie *supra* Afd. 2, § 2 van dit Hoofdstuk.

⁵⁵⁹⁵ Vgl. GwH 24 april 2008, *T. Gez.* 2008-09, (137) 140, noot A.V.

⁵⁵⁹⁶ “Naar België om een hart”, *De Standaard* 17 januari 2011, p. 1; “Nederlanders pendelen over de grens voor nieuwe lever”, *De Standaard*, 17 januari 2011, p. 12; *Vr. en Antw.* Kamer 2011-12, 12 maart 2012, *Vr. nr.* 242 S. SMEYERS ; *Vr. en Antw.* Senaat 2007-

Een eerste oplossing zou zijn dat Nederland bijkomende maatregelen neemt om zijn orgaanaanbod op te krikken (m.n. invoering van *opting out*-wetgeving en sensibilisering), zodat Nederlanders zich minder genooddaakt zouden voelen om een beroep te doen op het (grotere) orgaanaanbod in België.⁵⁵⁹⁷ Deze oplossing ligt evenwel buiten de bevoegdheid van België.

Een tweede oplossing is het sluiten van het achterpoortje door artikel 13^{ter} Orgaantransplantatiewet te wijzigen, zodat enkel nog de patiënten met een gekwalificeerde band met België een orgaan kan worden toegewezen voor rekening van België.⁵⁵⁹⁸ Dit lijkt echter moeilijk te rechtvaardigen in het licht van het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel.⁵⁵⁹⁹ Het gaat hier immers slechts om een beperkt aantal Nederlandse patiënten (± 20) en bovendien wordt dit reeds gecompenseerd doordat ieder jaar ook een gelijkaardig aantal Nederlanders in België overlijden en voor rekening van België orgaandonor worden.⁵⁶⁰⁰ Het orgaanaanbod lijkt dan ook niet meteen zodanig in gevaar te zijn dat België deze buitenlandse patiënten de toegang tot orgaantransplantatie moet ontzeggen.

Een derde oplossing bestaat erin de landenbalans zo te regelen dat de orgaantoewijzing telkens wordt aangerekend op basis van de woonplaats of nationaliteit van de patiënt in plaats van het transplantatiecentrum waar de transplantatie plaatsvindt.⁵⁶⁰¹

Een vierde oplossing is voorlopig niets doen buiten de situatie verder opvolgen. Indien de toegang van Nederlandse (en andere buitenlandse) patiënten tot de Belgische wachtlijsten duidelijk de Belgische donatiebereidheid en daarmee ook het orgaanaanbod aantast, dan kan alsnog overeenkomstig het principe van sociale utiliteit⁵⁶⁰² worden overgegaan tot oplossing twee of drie.

C. Medische urgentie

1160. Volgens artikel 13^{bis}, § 2, 3^o Orgaantransplantatiewet moet Eurotransplant eveneens rekening houden met de ‘medische urgentie’.⁵⁶⁰³ Dit veronderstelt dat rekening moet worden gehouden met de nood aan transplantatie om in leven te blijven door te kijken naar de

08, 27 juni 2008, [] (Vr. nr. 4-1192 P. VANKRUNKELSVEN); Mondelinge vraag van de heer Patrik Vankrunkelsven van Sociale Zaken en Volksgezondheid over “orgaantransplantatie bij niet-Belgen”, *Hand. Senaat* 2008-09, 12 februari 2009, [] (nr. 4-620); Vraag nr. 24 J. VALKENIERS van 6 oktober 1999, *T. Gez.* 1999-00, 303 ; *Vr. en Antw.* Senaat 1990-91, 12 februari 1990, (Vr. nr. 54 VALKENIERS).

⁵⁵⁹⁷ “Allemaal naar eenzelfde wet orgaandonatie?”, *Artsenkrant*, 5 november 2010, p. 4; “Naar België om een hart”, *De Standaard* 17 januari 2011, p. 1; Dossier Orgaandonatie, *magUZA*, 24 ; *Vr. en Antw.* Kamer 2011-12, 12 maart 2012, Vr. nr. 242 S. SMEYERS; Verslag BROTCHE en TEMMERMAN, *Parl. St.* Senaat 2010-11, nr. 5-666/3, 37. Zie daarover ook al: P. MICHIELSEN, o.c., *Health Policy* 1990, (117) 121.

⁵⁵⁹⁸ In die zin: “Naar België om een hart”, *De Standaard* 17 januari 2011, p. 1.

⁵⁵⁹⁹ Vgl. reeds *supra* Afd. 2, § 2, B van dit Hoofdstuk, waar verdedigd werd dat de uitsluiting van personen zonder gekwalificeerde band met België veeleer afgebouwd moet worden.

⁵⁶⁰⁰ “Cijfers van senator Patrik Vankrunkelsven (Open Vld) worden wel betwist door Eurotransplant”, *De Morgen* 6 februari 2009, p. 8; H. VAN VLIJBERGHE, “Orgaantoerisme?”, *De Standaard*, 18 januari 2011, p. 25; “Nederlanders pendelen over de grens voor nieuwe lever”, *De Standaard*, 17 januari 2011, p. 1; Dossier Orgaandonatie, *magUZA*, 24 ; *Vr. en Antw.* Kamer 2011-12, 12 maart 2012, Vr. nr. 242 S. SMEYERS; Mondelinge vraag van de heer Patrik Vankrunkelsven aan de vice-eersteminister en minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid over “orgaantransplantatie voor Nederlanders”, *Hand. Senaat* 2007-08, 19 juni 2008, (Vr. nr. 4-372).

⁵⁶⁰¹ “Cijfers van senator Patrik Vankrunkelsven (Open Vld) worden wel betwist door Eurotransplant”, *De Morgen* 6 februari 2009, p. 8. Vgl. ook: “Nederlanders pendelen over de grens voor nieuwe lever”, *De Standaard*, 17 januari 2011, p. 12; S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 887, voetnoot 4621 *in fine*.

⁵⁶⁰² Cf. vorig randnummer.

⁵⁶⁰³ Zie ook al: art. 7, § 2, 2^o oud KB Allocatie. Vgl. het levensgevaarcriterium bij levende donoren: *supra* Deel IV, Hoofdstuk IV, Afd. 2, § 3, A.3.

ziektetoestand van de kandidaat-ontvanger.⁵⁶⁰⁴ De wet vereist dus geen subjectieve, sociale urgentie (bv. de nood om snel de professionele activiteiten te kunnen hervatten).⁵⁶⁰⁵

Hoe zieker de kandidaat-ontvanger is, hoe urgenter de transplantatienood zal zijn, want hoe kleiner de kansen worden om een orgaan te krijgen alvorens het overlijden intreedt. Volgens het principe van billijkheid moet deze ongelijkheid van kansen rechtgetrokken worden door bij de orgaanallocatie voorrang te geven aan de (medisch) meest urgente gevallen.⁵⁶⁰⁶ In die zin is medische urgentie een relevant criterium in het licht van het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel.⁵⁶⁰⁷ De achterliggende gedachte is hier vanzelfsprekend de gelijke waarde van ieder mensenleven.

1161. Het medische urgentiecriterium kan weliswaar in verschillende gradaties als allocatiecriterium worden gehanteerd. In zijn extreemste vorm valt dit criterium samen met de zgn. *rule of rescue*. Dit ethisch imperatief stelt in wezen dat alles moet worden gedaan om een mensenleven te redden, zelfs al leidt dit niet tot het meest doeltreffende gebruik van de beschikbare middelen (*in casu* organen).⁵⁶⁰⁸ In het Belgisch recht weerspiegelt deze filosofie zich in artikel 422*bis* Sw. Deze strafbepaling verplicht tot hulpverlening aan personen die in groot en acuut gevaar verkeren,⁵⁶⁰⁹ zoals bv. orgaantoewijzing en –transplantatie voor kandidaat-ontvangers in urgente nood.⁵⁶¹⁰ Algemeen wordt aangenomen dat deze hulp naar doeltreffendheid moet streven,⁵⁶¹¹ maar dat het irrelevant is of de hulp uiteindelijk inderdaad doeltreffend is, zodat zelfs in hopeloze situaties hulp moet worden verleend.⁵⁶¹²

Een eerste argument tegen deze extreme invulling van het urgentiecriterium is dat dit criterium gevoelig is voor misbruik.⁵⁶¹³ Zoals al uit het Duitse allocatiefraudeschandaal bleek,⁵⁶¹⁴ kunnen artsen immers geneigd zijn om hun patiënten zieker te doen lijken dan ze in werkelijkheid zijn, zodat ze sneller een orgaan toegewezen krijgen. Dergelijke fraude is niet zo gemakkelijk te voorkomen. Door een allesbepalend belang aan het urgentiecriterium te hechten, zullen de neiging tot fraude kunnen toenemen en de gevolgen ervan des te schadelijker zijn.

Een tweede, fundamentele tegenargument stelt dat het principe van medische utiliteit eveneens een relevante overweging in het licht van het gelijkheids- en non-

⁵⁶⁰⁴ Vgl. T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 157-158 ; R. VANHOLDER, o.c., *T. Gen.* 1999, nr. 23, (1676) 1679; D.P.T. PRICE, o.c. in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2008, (163)169-170; Recommendation Rec(2001)5 of 7 march 2001 of the Committee of Ministers to member states on the management of organ transplant waiting lists and waiting times, <http://www.coe.int>, nr. 5.

⁵⁶⁰⁵ Zie ook: Eurotransplant Manual, [versie 3.0., 2013], www.eurotransplant.org, nr. 1.3.3., waar medische urgentie als een *objectief* medisch criterium wordt begrepen.

⁵⁶⁰⁶ THE UNOS ETHICS COMMITTEE, o.c., *Transpl. Proc.* 1992, (2227) 2229, 2230 en 2232; M.F. ANDERSON, o.c., *Health Matrix* 1995, vol. 5, (249) 305; N. NEFUSSY-LEROY, *Organes humains*, 1999, 182; J. MICHAUD, o.c. in R. CARVAIS en M. SASPORTES (eds.), *La greffe humaine*, Parijs, Presses universitaires de France, 2000, (743) 744; A. BONDOLFI, o.c. in M.-J. THIEL (ed.), *Donner, recevoir un organe*, 2009, (351) 363; J. COOPER, o.c., *Vill. L. Rev.* 2014, (269) 281-282.

⁵⁶⁰⁷ Zie ook: J.K.M. GEVERS, o.c. in V.G.H.J. KIRKELS (ed.), *Transplantatie en mensbeeld*, 1992, (23) 32.

⁵⁶⁰⁸ KONING BOUDEWIJN STICHTING, *Justice and solidarity in priority setting in healthcare*, 2013, www.kbs-frb.be, 121; S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 872-873. Zie ook: K. RAES, o.c. in M. SANTENS (ed.), *Een rechtvaardige gezondheidszorg*, 2008, (7) 43, die dit het 'noodbeginsel' noemt.

⁵⁶⁰⁹ Een doodsgevaar is niet vereist, wel een ernstig, reëel en onmiddellijk dreigend gevaar voor de fysieke of psychische integriteit of de individuele vrijheid. Cf. J. DE HERDT, *Fysiek interpersoonlijk geweld*, 2014, 165.

⁵⁶¹⁰ In die zin: T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 176; H. NYS, o.c., *Panopticon* 1988, (8) 13 ; Advies nr. 60 van 27 januari 2014 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, <http://www.health.belgium.be>, 15.

⁵⁶¹¹ In principe impliceert de plaatsing van de kandidaat-ontvanger op de wachtlijst dat een orgaantransplantatie niet zinloos is (cf. *supra* Afd. 2, § 3, B van dit Hoofdstuk) en dus wel 'naar doeltreffendheid zal streven'.

⁵⁶¹² J. DE HERDT, *Fysiek interpersoonlijk geweld*, 2014, 172-173; A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, 2005 (5^{de} ed.), 195 en 196; H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, 2005, 199.

⁵⁶¹³ G. PERSAD, A. WERTHEIMER en E.J. EMANUEL, o.c., *The Lancet* 2009, (423) 427; S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 873 en 886.

⁵⁶¹⁴ Zie *supra* § 1, B van deze Afdeling.

discriminatiebeginsel moet zijn. Welnu, indien steeds voorrang zou worden gegeven aan urgentiepatiënten, dan zou dit ingaan tegen het utiliteitsprincipe. Het komt immers voor dat patiënten die urgent een transplantatie nodig hebben, zo ziek zijn dat ze de minst goede kansen op een succesvolle transplantatie hebben.⁵⁶¹⁵ Dit is bv. vaak het geval bij hertransplantatie (*retransplantation*), na afstoting van een vorig transplantaat.⁵⁶¹⁶ Bovendien zal de voorrang aan dergelijke urgentiepatiënten ertoe leiden dat patiënten zonder urgentie, maar met betere succeschansen langer moeten wachten. Aangezien de orgaanschaarste niet meteen lijkt te zullen verdwijnen, bestaat het risico dat er dan niet tijdig een orgaan beschikbaar zal zijn wanneer deze laatste patiënten uiteindelijk zelf dringend een transplantatie behoeven.⁵⁶¹⁷ Dit alles zou leiden tot een verspilling van schaarse organen,⁵⁶¹⁸ wat het hele transplantatiegebeuren zou ondermijnen. Er zouden zo minder levens gered kunnen worden.⁵⁶¹⁹ In de veronderstelling dat ieder leven van gelijke waarde is, vereist het utiliteitsprincipe nochtans dat zo veel mogelijk levens gered worden.⁵⁶²⁰ Het rechte trekken van de ongelijkheid in genezingskansen conform het billijkheidsprincipe moet bijgevolg ophouden naargelang er onvoldoende middelen (*in casu* organen) zijn.⁵⁶²¹ Ook de hulpverleningsplicht *ex* artikel 422*bis* Sw. is trouwens niet absoluut. Enerzijds kan het hulpverzuim namelijk gerechtvaardigd zijn indien de hulpverlening ‘ernstig gevaar’ zou opleveren voor anderen,⁵⁶²² zoals bv. het ontzeggen van een orgaan aan andere kandidaat-ontvangers. Weliswaar is dit niet erg relevant voor patiënten die wel betere succeschansen hebben, maar geen urgente transplantatie nodig hebben om een ernstig gevaar voor hun leven af te wenden. Anderzijds moet evenmin hulp worden verleend indien men een beroep kan doen op de noodtoestand. Deze rechtvaardigingsgrond biedt wel ruimte voor utiliteitsoverwegingen ten aanzien van niet-urgente kandidaat-ontvangers.⁵⁶²³

1162. Er kan bijgevolg worden besloten dat noch medische urgentie, noch medisch nut op zich voldoende zijn. Tussen beide moet een evenwicht worden gezocht.⁵⁶²⁴ De wetgever sprak zich hier nog niet expliciet over uit, maar beschouwde het compatibiliteitscriterium (dat een toepassing is van het medisch nutsprincipe) al wel als één van de belangrijkste elementen van orgaanallocatie.⁵⁶²⁵ Bovendien bepaalt artikel 13*bis*, § 2 Orgaantransplantatiewet dat

⁵⁶¹⁵ THE UNOS ETHICS COMMITTEE, *o.c.*, *Transpl. Proc.* 1992, (2227) 2232; M.F. ANDERSON, *o.c.*, *Health Matrix* 1995, vol. 5, (249) 303-304; S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 873.

⁵⁶¹⁶ O.T. TERPSTRA, “Selectie van patiënten” in H.A.M.J. TEN HAVE, D.P. ENGBERTS en L.E. KALKMAN-BOGERD (eds.), *Ethiek en recht in de gezondheidszorg*, Deventer, Kluwer, 1992, losbl., XXIII, (11) 16; K. ZALEWSKA, “Introduction To Patient Selection And Allocation Policies (POL200/2.1)”, www.odt.nhs.uk, 8; S. LEE en S. HWANG, “Liver Retransplantation” in R.W.G. GRUENESSNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, 2008, (643) 647.

⁵⁶¹⁷ Vgl. O.T. TERPSTRA, *o.c.* in H.A.M.J. TEN HAVE, D.P. ENGBERTS en L.E. KALKMAN-BOGERD (eds.), *Ethiek en recht in de gezondheidszorg*, 1992, losbl., XXIII, (11) 15; M.F. ANDERSON, *o.c.*, *Health Matrix* 1995, vol. 5, (249) 305; G. PERSAD, A. WERTHEIMER en E.J. EMANUEL, *o.c.*, *The Lancet* 2009, (423) 425; S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 873. Zie in het algemeen ook: H.J.J. LEENEN, *o.c.*, *TvGR* 1987, (179) 183.

⁵⁶¹⁸ J. COOPER, *o.c.*, *Vill. L. Rev.* 2014, (269) 283.

⁵⁶¹⁹ Vgl. R.J. DEVETTERE, *Practical decision making in health care ethics*, 2000, 525-526.

⁵⁶²⁰ M.F. ANDERSON, *o.c.*, *Health Matrix* 1995, vol. 5, (249) 303 en 305. Zie evenwel met de nuance dat levens zelden echt gelijk zijn: G. PERSAD, A. WERTHEIMER en E.J. EMANUEL, *o.c.*, *The Lancet* 2009, (423) 424 (tabel 1) en 425; S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 875.

⁵⁶²¹ Vgl. T.L. BEAUCHAMP en J.F. CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, 2001 (5de ed.), 237.

⁵⁶²² Art. 422*bis*, lid 2 Sw.

⁵⁶²³ T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 176. Zie over deze rechtvaardigingsgrond reeds *supra* Deel IV, Hoofdstuk IV, Afd. 2, § 2, D en in het algemeen ook: C. VAN DEN WYNGAERT m.m.v. S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen. Deel I*, 2011 (8^{ste} ed.), 239, waar de fundering van de noodtoestand deels in utilitaire overwegingen wordt gezocht (“Het sociale nut van de niet-bestrafing is bij noodtoestand hoger dan het nut van de bestrafing.”).

⁵⁶²⁴ THE UNOS ETHICS COMMITTEE, *o.c.*, *Transpl. Proc.* 1992, (2227) 2229-2230 en 2234; R.J. DEVETTERE, *Practical decision making in health care ethics*, 2000, 527. Zie bv. ook: Preamble annex bij Arrêté du 6 novembre 1996 portant homologation des règles de répartition et d’attribution des greffons prélevés sur une personne décédée en vue de transplantation d’organes.

⁵⁶²⁵ Zie *supra* A van deze paragraaf.

Eurotransplant een optimale compatibiliteit moet ‘garanderen’, terwijl er met de medische urgentie ‘rekening moet worden gehouden’. Dit laatste is minder sterk uitgedrukt.⁵⁶²⁶ Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat de wetgever de utiliteit beschouwt als uitgangspunt, terwijl de medische urgentie veeleer een correctief is t.a.v. de gevallen die voldoende utiliteit vertonen. Dergelijk evenwicht werd ook al meermaals in de rechtsleer voorgesteld.⁵⁶²⁷

In het huidige allocatiesysteem wordt de utiliteit als *uitgangspunt* gehanteerd doordat enerzijds in fase I zinloze en overbodige transplantaties geweerd worden via de klinische ontvangerselectie⁵⁶²⁸ en doordat anderzijds in fase II compatibiliteitseisen⁵⁶²⁹ worden gesteld door Eurotransplant. De medische urgentie wordt daarbij als *correctief* gehanteerd doordat Eurotransplant in fase II voorrang geeft aan hoogst urgente gevallen (*high urgency status*).⁵⁶³⁰ Dit systeem staat in principe ook open voor hertransplantaties.⁵⁶³¹

D. Effectieve wachttijd

1163. Verder bepaalt artikel 13*bis*, § 2, 3° Orgaantransplantatiewet nog dat Eurotransplant rekening moet houden met de effectieve ‘wachttijd’ van de kandidaat ontvangers.⁵⁶³² Hiermee wordt logischerwijze de tijd waarin gewacht wordt op een orgaan bedoeld. Eurotransplant hanteert de wachttijd als een allocatiecriterium in elk van zijn allocatiesystemen door telkens voorrang te geven aan zij die al het langst op een orgaan hebben gewacht.⁵⁶³³ In principe wordt de wachttijd berekend vanaf de plaatsing op de wachtlijst. Bij nieren wordt de wachttijd daarentegen berekend vanaf het starten van nierdialyse.⁵⁶³⁴

De wet vereist in het bijzonder dat enkel de ‘effectieve’ wachttijd van de kandidaat-ontvangers in acht wordt genomen. De wetgever heeft dit effectiviteitsvereiste helaas nooit verduidelijkt. Een mogelijke interpretatie luidt dat de wachttijd pas mag worden meegerekend voor zover de patiënt effectief actief als kandidaat-ontvanger is ingeschreven op de wachtlijst. In dat geval zou Eurotransplant’s huidige wachttijdberekening voor nierallocatie in strijd zijn met de wet. Nochtans lijkt het geenszins de bedoeling van de wetgever te zijn geweest om op dit punt voor België een voorbehoud bij Eurotransplant’s allocatieformule te maken. Een meer plausibele interpretatie van het effectiviteitsvereiste is dan ook dat enkel rekening mag worden gehouden met de effectief doorlopen wachttijd, niet met een of andere prospectieve inschatting daarvan. In dat geval voldoet Eurotransplant wel aan de effectiviteitsvoorwaarde.

⁵⁶²⁶ Vgl. Advies van de Raad van State bij Erratum KB van 24 november 1997 betreffende het wegnemen en toewijzen van organen van menselijke oorsprong, *BS* 26 mei 1998, nr. 6.1.

⁵⁶²⁷ S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 873, 876 en 883-884; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 158-159; W. DREESSEN, *o.c.*, *Jura Falc.* 1984-85, (500) 525; M.F. ANDERSON, *o.c.*, *Health Matrix* 1995, vol. 5, (249) 305. Zie daarentegen ook de omgekeerde visie: R.D. FRIELE *et al.*, *Derde evaluatie Wet op de orgaandonatie*, 2006, 116-117, 121, 122 en 132; S. GEVERS, *o.c.*, *EJHL* 2007, (215) 217; D.P.T. PRICE, *o.c.* in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2008, (163) 170, die evenwel nuanceert dat een minimale verwachting van medische baten op zich een aspect vormt van medische nood.

⁵⁶²⁸ Zie ook: S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 887.

⁵⁶²⁹ Zie *supra* A van deze paragraaf.

⁵⁶³⁰ Eurotransplant Manual, [versie 3.0., 2013], www.eurotransplant.org, nrs. 2.1.3. (algemeen), 4.1. en 4.2.1. (nieren), 5.2.1. (lever), 6.1.1. (hart), 6.2. (hart-long), 6.3.7.1. (longen en 7.1.3 (pancreas)).

⁵⁶³¹ Zie over hertransplantaties ook: THE UNOS ETHICS COMMITTEE, *o.c.*, *Transpl. Proc.* 1992, (2227) 2232 en 2233; M.F. ANDERSON, *o.c.*, *Health Matrix* 1995, vol. 5, (249) 305-307; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 176; S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 875 en 876.

⁵⁶³² Zie ook al: art. 7, § 2, 2° oud KB Allocatie.

⁵⁶³³ Eurotransplant Manual, [versie 3.0., 2013], www.eurotransplant.org, nrs. 1.2.1.1. (algemeen), 4.2.2.3. (nieren), 5.3.3. (lever), 6.1.5.1.4., 6.2.5.1.4. en 6.3.7.9.1.6. (hart en longen), 7.2.2.2.3. (pancreas), 8.3.2.3. en 8.4. (darm).

⁵⁶³⁴ Eurotransplant Manual, [versie 3.0., 2013], www.eurotransplant.org, nr. 4.2.2.3. zie ook: J. DE MEESTER, “Wachten op een niertransplantatie – Deel 3”, *Orpadt forum*, jaargang 3, 1, die erop wijst dat de kandidaat-ontvanger zo wachttijd blijft accumuleren gedurende de periode dat de hij (tijdelijk) als niet-transplanteerbaar worden gekwalificeerd, maar dat hij daardoor echter zeer weinig kans heeft om een transplantatie vóór dialyse (pre-emptieve transplantatie) te ondergaan.

1164. Een rechtvaardiging voor het wachttijd criterium kan gegeven worden aan de hand van het principe van formele gelijkheid. Volgens dit principe zijn alle mensen gelijkwaardig, zodat geen voorkeur mag worden bepaald op basis van een beoordeling van hun individuele situatie. Bijgevolg zal ongelijke behandeling van patiënten moeten afhangen van een neutraal criterium, namelijk toeval of willekeur.⁵⁶³⁵ Enerzijds kan dit bereikt worden door patiënten te selecteren aan de hand van een loterijstelsel⁵⁶³⁶ (bv. randomisatie via een computerprogramma). Anderzijds is een toevalsmatige selectie ook mogelijk door voorrang te verlenen op basis van de (langste) wachttijd (chronologisch criterium; *first come, first served*-principe; *queuing*-principe). De wachttijd hangt immers af van het tijdstip van het ontstaan van de ziekte en van de daaropvolgende toetreding tot de wachtlijst, wat dan weer afhankelijk is van het lot.⁵⁶³⁷

Zowel loterij, als wachttijd zijn objectieve criteria die het principe van formele gelijkheid respecteren. Een loterijstelsel is echter onvoorspelbaar en bijna ludiek, wat een ongepaste manier is om met iets elementair als gezondheids en mensenlevens om te gaan.⁵⁶³⁸ Het wachttijd criterium biedt daarentegen een meer rechtszekere, transparantere allocatie. Het wachttijd criterium leidt met andere woorden tot meer procedurele rechtvaardigheid dan een loting.⁵⁶³⁹ Voorrang op basis van wachttijd wordt dan ook gemakkelijker door het publiek aanvaard,⁵⁶⁴⁰ wat zoals gezegd een belangrijke element is bij de aanvaardbaarheid van een selectie criterium.⁵⁶⁴¹ Bijgevolg gaat de voorkeur uit naar het wachttijd criterium.⁵⁶⁴²

1165. Zoals alle toevalscriteria stuit het wachttijd criterium echter op een aantal bezwaren. Een eerste tegenargument is het risico op ‘misbruik’. In eerste instantie mag een beoordeling van gelijkwaardige mensen dan wel vermeden worden, toch zal de toegang tot de wachtlijst (of tot de lotingspot in geval van een loterijstelsel) nog wel afhankelijk zijn van de beslissing van een arts. Deze beslissing is vatbaar voor beïnvloeding door bv. de sociale status van patiënt (rijkdom, politieke invloed,...), wat de gelijkwaardigheid zou ondermijnen.⁵⁶⁴³

Vervolgens miskennen toevalscriteria, zoals de wachttijd, het principe van billijkheid. Het billijkheidsprincipe vereist dat voorrang wordt gegeven aan de meest urgente gevallen.⁵⁶⁴⁴ Toevalscriteria kunnen er echter toe leiden dat kandidaat-ontvangers die nog geruime tijd kunnen overleven zonder transplantatie, voorrang krijgen op kandidaat-ontvangers die dringend

⁵⁶³⁵ Vgl. S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 869-870; G. PERSAD, A. WERTHEIMER en E.J. EMANUEL, o.c., *The Lancet* 2009, (423) 423 ; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 156 ; R.F. WEIR, o.c., *J. Corp. L.* 1994-95, (91) 92 en 95 ; K. RAES, o.c. in M. SANTENS (ed.), *Een rechtvaardige gezondheidszorg*, 2008, (7) 42-43 ; T.L. BEAUCHAMP en J.F. CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, 2001 (5de ed.), 268 .

⁵⁶³⁶ G. PERSAD, A. WERTHEIMER en E.J. EMANUEL, o.c., *The Lancet* 2009, (423) 423 en 424 (tabel 1); G.J. ANNAS, o.c., *Am. J. Pub. Health* 1985, (187) 188; H.D.C. ROSCAM ABBING, o.c., *Health Policy* 1990, (105) 111; N. NEFUSSY-LEROY, *Organes humains*, 1999, 181.

⁵⁶³⁷ Vgl. T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 155; G.J. ANNAS, o.c., *Am. J. Pub. Health* 1985, (187) 188; R.J. DEVETTERE, *Practical decision making in health care ethics*, 2000, 526; H.D.C. ROSCAM ABBING, o.c., *Health Policy* 1990, (105) 111; R. MARGREITER, o.c. in W. LAND en J.B. DOSSETOR (eds.), *Organ Replacement Therapy*, 1991, (440) 440-441.

⁵⁶³⁸ S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 871. Vgl. ook: T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 156-157.

⁵⁶³⁹ T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 154, 157-158 en 180. Zie over procedurele rechtvaardigheid reeds *supra* Afd. 1, § 2, B van dit Hoofdstuk.

⁵⁶⁴⁰ Zie ook: THE UNOS ETHICS COMMITTEE, o.c., *Transpl. Proc.* 1992, (2227) 2232; S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 871.

⁵⁶⁴¹ Zie *supra* Afd. 1, § 2, A.2. van dit Hoofdstuk, alsook S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 872.

⁵⁶⁴² Zie ook: Memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, 22.358, 29. *Contra*: G. PERSAD, A. WERTHEIMER en E.J. EMANUEL, o.c., *The Lancet* 2009, (423) 428.

⁵⁶⁴³ Vgl. S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 871-872; A. BONDOLFI, o.c. in M.-J. THIEL (ed.), *Donner, recevoir un organe*, 2009, (351) 363 ; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 154-155 ; H.J.J. LEENEN, o.c., *TvGR* 1980, (243) 248.

⁵⁶⁴⁴ Zie *supra* Afd. 1, § 2, A.1. van dit Hoofdstuk en C van deze paragraaf.

een transplantatie behoeven.⁵⁶⁴⁵ Bovendien vereist het billijkheidsprincipe meer algemeen dat ongelijkheid van kansen wordt gecompenseerd. Toevalscriteria zullen echter vooral degenen die de meeste kansen hebben, bevoordelen. Zo zullen de patiënten met de beste connecties, educatie, middelen en invloed doorgaans sneller hun weg naar een arts en een plaats op de wachtlijst kunnen vinden en bijgevolg eerder met het opbouwen van wachttijd beginnen.⁵⁶⁴⁶

Daarnaast moet ook rekening worden gehouden met het principe van utiliteit. Wat betreft de *sociale* utiliteit lijkt er niet meteen een groot probleem te bestaan. Zoals gezegd, zal het wachttijd criterium wellicht kunnen rekenen op enige publieke steun, wat de donatiebereidheid ten goede komt. Bovendien is het wachttijd criterium (maar ook het loterijstelsel) relatief eenvoudig en snel toe te passen, zodat kosten bespaard kunnen worden.⁵⁶⁴⁷ Daarentegen miskennen toevalscriteria wel duidelijk de *medische* utiliteit. Het principe van medische utiliteit vereist dat voorrang wordt gegeven op basis van de beste succeschansen. Toevalscriteria kunnen er echter toe leiden dat organen worden toegewezen aan kandidaat-ontvangers met de laagste kans op een goede uitkomst.⁵⁶⁴⁸

Op basis van het voorgaande moet worden besloten dat orgaanallocatie niet louter op basis van het wachttijd criterium mag plaatsvinden. Gelet op de verschillende bezwaren kan worden verdedigd dat de wachttijd slechts als één van de laatste factoren in het selectieproces een rol mag spelen, m.a.w. pas na de toepassing van de meer billijke en utilitaristische criteria. Dit is alleszins hoe Eurotransplant nu in de verschillende orgaanspecifieke allocatiesystemen aan het wachttijd criterium uitwerking geeft.⁵⁶⁴⁹ Ook in de rechtsleer lijkt dergelijke visie te overheersen.⁵⁶⁵⁰ In Nederland is ze zelfs uitdrukkelijk in de wet uitgedrukt (art. 18, lid 3 Wet op de Orgaandonatie).

E. Afstand tussen donor en ontvanger

1166. Ten slotte stelt artikel 13bis, § 2, 3° Orgaantransplantatiewet dat Eurotransplant rekening moet houden met de afstand tussen het centrum waar het orgaan wordt weggenomen en het centrum waar het zal worden getransplanteerd.⁵⁶⁵¹ Het afstandscriterium kan gesteund worden op het principe van *medische* utiliteit. Dit principe vereist dat de succeschansen voor de

⁵⁶⁴⁵ Zie ook: T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 155; R. MARGREITER, o.c. in W. LAND en J.B. DOSSETOR (eds.), *Organ Replacement Therapy*, 1991, (440) 440-441; G.J. ANNAS, o.c., *Am. J. Pub. Health* 1985, (187) 188; R.J. DEVETTERE, *Practical decision making in health care ethics*, 2000, 525-526; J.K. MASON, G.T. LAURIE en M. AZIZ, *Law and medical ethics*, 2006, 436; G. PERSAD, A. WERTHEIMER en E.J. EMANUEL, o.c., *The Lancet* 2009, (423) 423-424 (tabel 1); H.J.J. LEENEN, o.c., *TvGR* 1987, (179) 182. Zie echter: J. MICHAUD, o.c. in R. CARVAIS en M. SASPORTES (eds.), *La greffe humaine*, Parijs, Presses universitaires de France, 2000, (743) 744-745, die zich de vraag stelt of de wachttijd niet kan worden beschouwd als een vorm van ‘psychologische urgentie’, aangezien moed en geduld opgeraken naarmate men langer moet wachten.

⁵⁶⁴⁶ G.J. ANNAS, o.c., *Am. J. Pub. Health* 1985, (187) 188; T.L. BEAUCHAMP en J.F. CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, 2001 (5de ed.), 269; G. PERSAD, A. WERTHEIMER en E.J. EMANUEL, o.c., *The Lancet* 2009, (423) 424; S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 871-872.

⁵⁶⁴⁷ Vgl. T.L. BEAUCHAMP en J.F. CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, 2001 (5de ed.), 269; S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 870.

⁵⁶⁴⁸ Zie ook: THE UNOS ETHICS COMMITTEE, o.c., *Transpl. Proc.* 1992, (2227) 2228-2229; G.J. ANNAS, o.c., *Am. J. Pub. Health* 1985, (187) 188; K. RAES, o.c. in M. SANTENS (ed.), *Een rechtvaardige gezondheidszorg*, 2008, (7) 42-43.

⁵⁶⁴⁹ Zie nogmaals: Eurotransplant Manual, [versie 3.0., 2013], www.eurotransplant.org, nrs. 4.2.2.3. (nierren), 5.3.3. en 5.3.5. (lever), 6.1.5.1.4., 6.2.5.1.4. en 6.3.7.9.1.6. (hart en longen), 7.2.2.2.3. (pancreas), 8.3.2.3. en 8.4. (darm). Zie ook: Vraag om uitleg van de heer Patrik Vankrunkelsven aan de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid over “orgaandonatie”, *Hand. Senaat* 2006-07, 57 (nr. 3-2111); *Vr. en Antw. Kamer* 2003-04, 5 mei 2004, (Vr. nr. 175 J.-L. CRUCKE). Schijnbaar contra: J. DE MEESTER, “Wachten op een niertransplantatie – Deel 3”, *Orpadt forum*, jaargang 3, 1 en 7.

⁵⁶⁵⁰ G.R.J. DE GROOT, o.c., *TvGR* 1996, (58) 66; T.L. BEAUCHAMP en J.F. CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, 2001 (5de ed.), 271; S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 883; P. DYER en S. MCGUINNESS, o.c. in A.-M. FARRELL, D. PRICE en M. QUIGLEY (eds.), *Organ shortage*, 2011, (122) 135. Zie ook: Opinion 2.03 – Allocation of Limited Medical Resources, AMA Code of Medical Ethics, <http://www.ama-assn.org>.

⁵⁶⁵¹ Zie ook al: art. 7, § 2, 4° oud KB Allocatie.

ontvanger worden gemaximaliseerd. Hierbij moet rekening worden gehouden met de schadelijke effecten van ischemie gedurende de tijd dat een weggenomen orgaan wordt getransporteerd van donor naar ontvanger.⁵⁶⁵² Hoe langer de afstand tussen het donor- en ontvangercentrum is, hoe groter de transporttijd zal zijn en dus hoe groter het risico op kwaliteitsverlies wegens ischemie wordt. Dit kan vanzelfsprekend nefast zijn voor het succes van de transplantatie. Het medische utiliteitsprincipe vereist dus meer bepaald dat voorrang wordt gegeven aan de kandidaat-ontvanger die zich op de kortste afstand van de donor bevindt.⁵⁶⁵³ Op die manier is geografische afstand een objectief criterium met een legitiem doel, zodat het de rechtvaardigingstoets van het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel kan doorstaan.⁵⁶⁵⁴

Theoretisch gezien zou het volgens deze redenering echter juist zijn om rechtstreeks de transporttijd als indicator voor succes te hanteren.⁵⁶⁵⁵ Praktisch gezien verdient het niettemin de voorkeur om enigszins abstractie te maken van de transporttijd aan de hand van geografische afstand, aangezien deze afstand sneller en nauwkeuriger kan worden berekend. Dit lijkt m.i. aldus een evenredig compromis ten behoeve van een vlotte en transparante orgaanallocatie. Zoals ook Frankrijk en de Verenigde Staten gaat Eurotransplant weliswaar nog een abstractieniveau verder door te alloceren op basis van echelons in plaats van reële afstand. Hierbij wordt een opdeling gemaakt tussen het lokale, regionale, nationale en internationale echelon.⁵⁶⁵⁶ Hoe kleiner het echelon waarin de kandidaat-ontvanger zich bevindt, hoe groter de voorrang die hij zal krijgen. Aldus worden organen in principe primair toegewezen aan het lokale echelon, vervolgens aan het regionale, daarna aan het nationale en pas in laatste instantie aan het internationale echelon. Dergelijke vaste geografische afbakening moet echter bekritiseerd worden.⁵⁶⁵⁷ Enerzijds strookt ze niet met de tekst van artikel 13bis, § 2, 3° Orgaantransplantatiewet. Deze bepaling verwijst veeleer naar de reële geografische afstand tussen twee punten op aarde, wat in Europa normalerwijze wordt uitgedrukt in kilometers in plaats van echelons. Anderzijds dreigt de vaste geografische afbakening te botsen met de medische utiliteitsgedachte achter het geografisch criterium van artikel 13bis, § 2, 3° Orgaantransplantatiewet. Het echelonsysteem kan er immers toe leiden dat een orgaan bij voorrang zal worden toegewezen aan een kandidaat-ontvanger die tot hetzelfde echelon als de donor behoort, zelfs indien deze zich helemaal aan de andere kant van dat echelon bevindt en dus een groter ischemisch risico zal lopen dan de kandidaat-ontvanger die tot een ander echelon behoort, maar zich niettemin vlakbij de donor aan de grens van dit echelon bevindt.⁵⁶⁵⁸ De vaste geografische afbakening vertoont dan met andere woorden een onvoldoende connectie met de

⁵⁶⁵² Zie: Eurotransplant Manual, [versie 3.0., 2013], www.eurotransplant.org, nr. 7.2.2.2.3; Resolutie van het Europees Parlement van 22 april 2008 over orgaandonatie en –transplantatie: beleidsmaatregelen op EU-niveau (2007/2210(INI)), *Pb. C.* 29 oktober 2009, afl. 259, 6; “Allemaal naar eenzelfde wet orgaandonatie?”, *Artsenkrant*, 5 november 2010; L. COLENBIE, o.c. in D. MONBALIU, P. LORMANS en D. LEDOUX (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, Leuven, Acco, 2014, (29) 31; L. CAPITAINE, *Financial and commodity scarcity in health care*, 2014, 27. Zie in het algemeen *supra* Deel I, Hoofdstuk I, Afd. 2, § 1 over ischemie.

⁵⁶⁵³ Vgl. N. NEFUSSY-LEROY, *Organes humains*, 1999, 184-185; S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 876. Zie ook: H.J.J. LEENEN, o.c., *TvGR* 1987, (179) 184-185; H. ZARIF, o.c., *Hastings Sci. & Tech. L.J.* 2015, (75) 87 en 90; Opinion 2.16 – Organ Transplantation Guidelines, AMA Code of Medical Ethics, <http://www.ama-assn.org>.

⁵⁶⁵⁴ Vgl. *Van Over v. DeWalt*, 2007 WL 956670 (U.S. Distr. C. Ky); Advies van de Raad van State bij Erratum KB van 24 november 1997 betreffende het wegnemen en toewijzen van organen van menselijke oorsprong, *BS* 26 mei 1998, nr. 6.2.

⁵⁶⁵⁵ Zie bv. Memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, 22.358, 29; Memorie van toelichting Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 37.

⁵⁶⁵⁶ Eurotransplant Manual, [versie 3.0., 2013], www.eurotransplant.org, nrs. 4.2.2.5. (nieren), 5.3., 5.3.10.1.3. en 5.4.1.1. (lever), 6.4.2.2. (hart en hart-long), 6.4.3.1. (longen), 7.2.2.2.3. (pancreas), 8.3.2.3. en 8.4. (darm). Vgl. *Frankrijk*: Annex bij Arrêté du 6 novembre 1996 portant homologation des règles de répartition et d’attribution des greffons prélevés sur une personne décédée en vue de transplantation d’organes.

⁵⁶⁵⁷ Zie ook: ACOT Recommendation 51, www.organdonor.gov.

⁵⁶⁵⁸ Vgl. E.S. JAFFE, J.M. HERRE en J.H. CARSON, o.c., *J. Corp. L.* 1994-95, (109) 132.

ischemietijd en is daardoor geen pertinent criterium in het licht van het medische utiliteitsprincipe.

1167. Een bijkomende rechtvaardiging voor het afstandcriterium kan gevonden worden in het principe van *sociale* utiliteit. Enerzijds valt hierbij te denken aan de minimalisering van transportkosten doordat de organen worden toegewezen aan ontvangers die zich op een zo kort mogelijke afstand van de donor bevinden.⁵⁶⁵⁹ De uitgespaarde middelen kunnen dan elders worden ingezet.

Anderzijds valt ook te denken aan de baten die het verlenen van voorrang op basis van nabijheid onrechtstreeks kan hebben voor het orgaanaanbod. Zo zal het medisch personeel wellicht sterker gemotiveerd zijn om zich in te spannen voor het bevorderen van orgaanwegneming indien de weggenomen organen zo veel mogelijk hun ‘eigen patiënten’ ten goede komen.⁵⁶⁶⁰ Bovendien is het enigszins aannemelijk dat sommige mensen sneller bereid zijn om hun organen na overlijden af te staan indien deze bij voorkeur dienen voor de behandeling van kandidaat-ontvangers uit hun ‘eigen gemeenschap’.⁵⁶⁶¹ In tegenstelling tot het medische utiliteitsargument zou dit sociale utiliteitsargument ook een rechtvaardigingsgrond voor het echelonsysteem van Eurotransplant kunnen vormen, althans voor zover de echelons overeenstemmen met de ‘eigen gemeenschap’ en de ‘eigen patiënten’. Weliswaar neemt dit nog steeds niet weg dat het echelonsysteem ingaat tegen de huidige tekst van artikel 13*bis*, § 2, 3^o Orgaantransplantatiewet. Alvorens een wetswijziging kan plaatsvinden, zou eerst meer duidelijkheid moeten worden verkregen over de werkelijke invloed van het geografisch criterium op de bevordering van het orgaanaanbod. Voorlopig is er onvoldoende empirisch bewijs dat dit de donatiebereidheid en de orgaanwegnemingsactiviteiten inderdaad zou bevorderen.⁵⁶⁶² Bijgevolg houdt de kritiek op het gebruik van echelons als allocatiecriteria stand.

1168. Het gevaar van het afstandcriterium is evenwel dat dit kan leiden tot grove miskenning van het billijkheidsprincipe. Zoals gezegd, vereist het billijkheidsprincipe onder meer dat voorrang wordt gegeven op basis van medische urgentie. Het afstandscriterium zou daarentegen een orgaan toebedelen aan een kandidaat-ontvanger die zich in hetzelfde ziekenhuis bevindt en nog enkele maanden zonder dat orgaan kan overleven, terwijl een even geschikte kandidaat-ontvanger in een verderaf gelegen ziekenhuis zonder dat orgaan binnen enkele dagen zal sterven.⁵⁶⁶³ Wegens het grote belang van ieder mensenleven kan worden verdedigd dat het urgentiecriterium hier moet voorgaan op het afstandcriterium.⁵⁶⁶⁴ Op dit punt vertonen de

⁵⁶⁵⁹ Vgl. S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 876; E.S. JAFFE, J.M. HERRE en J.H. CARSON, *o.c.*, *J. Corp. L.* 1994-95, (109) 135-136.

⁵⁶⁶⁰ Vgl. W. KOKKEDEE, “De Wet op de orgaandonatie aangenomen”, *TvGR* 1998, (202) 211; J. MICHAUD, *o.c.* in R. CARVAIS en M. SASPORTES (eds.), *La greffe humaine*, Parijs, Presses universitaires de France, 2000, (743) 745-746; R.D. FRIELE *et al.*, *Derde evaluatie Wet op de orgaandonatie*, 2006, 127; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 464-465.

⁵⁶⁶¹ Vgl. A.J. KOLBER, “A Matter of Priority: Transplanting Organs Preferentially to Registered Donors”, *Rutgers L. Rev.* 2002-2003, (671) 681; I.G. COHEN, *o.c.*, *Law & Contemp. Probs.* 2014, (175) 180.

⁵⁶⁶² Vgl. M.S. NADEL en C.A. NADEL, *o.c.*, *Yale J. Health Pol’y, L. & Ethics* 2005, (293) 321-323; E.S. JAFFE, J.M. HERRE en J.H. CARSON, *o.c.*, *J. Corp. L.* 1994-95, (109) 137-138.

⁵⁶⁶³ Vgl. R.J. DEVETTERE, *Practical decision making in health care ethics*, 2000, 522-523; D. STEINBERG, *o.c.*, *Ann. Intern. Med.* 2006, (197) 199.

⁵⁶⁶⁴ Zie ook in die zin: Annex II.8, II.9 en II.10 en Annex III bij Arrêté du 6 novembre 1996 portant homologation des règles de répartition et d’attribution des greffons prélevés sur une personne décédée en vue de transplantation d’organes; E.S. JAFFE, J.M. HERRE en J.H. CARSON, *o.c.*, *J. Corp. L.* 1994-95, (109) 124; H.D.C. ROSCAM ABBING, *o.c.* in Y. ENGLERT (ed.), *Organ and Tissue Transplantation in the European Union*, 1995, (18) 22; M.-A. HERMITTE, *o.c.* in R. CARVAIS en M. SASPORTES (eds.), *La greffe humaine*, Parijs, Presses universitaires de France, 2000, (701) 709-710; ACOT Recommendation 51, www.organdonor.gov.

allocatiesystemen van Eurotransplant niet meteen een probleem: patiënten met een *high urgency*-status zullen normaal eerst aan bod komen, zelfs indien ze zich in het internationale echelon bevinden.

§ 3. DE WIL VAN DE DONOR

A. Gerichte donatie: begrip

1169. Een donor kan voorwaarden koppelen aan zijn toestemming tot orgaanwegneming bij leven of na overlijden. Deze voorwaarden kunnen o.a. betrekking hebben op het type orgaan (bv. enkel één nier bij leven; niet het hart na overlijden) of op het gebruiksoogmerk (bv. geen wetenschappelijk onderzoek),⁵⁶⁶⁵ maar ook op de orgaanontvanger. Een donatie waarbij de donor stipuleert wie al dan niet ontvanger kan zijn, wordt hierna een ‘gerichte donatie’ (*directed donation* of *designated donation*)⁵⁶⁶⁶ genoemd. Gerichte donatie is dus een type van voorwaardelijke donatie. Indien de donor daarentegen geen voorwaarde omtrent de ontvanger stipuleerde, dan gaat het om een ‘ongerichte donatie’. De ontvanger mag in dat geval gewoon worden geselecteerd volgens de algemene allocatieregels van Eurotransplant. De donor doneert dan als het ware ‘aan de wachtlijst’.⁵⁶⁶⁷

1170. Er kunnen *grosso modo* twee types gerichte donatie onderscheiden worden. Enerzijds kan de donatie gericht zijn tot een welbepaald, geïdentificeerd persoon (‘specifieke gerichte donatie’⁵⁶⁶⁸ of donatie *intuitu personae*⁵⁶⁶⁹). Het kan bv. gaan om een familielid of een kennis op de wachtlijst, maar ook om een voorheen onbekende patiënt die zich uit eigen beweging aan de donor heeft voorgesteld (vaak via massamedia) met een verzoek tot doneren (*solicited donation*).⁵⁶⁷⁰

Anderzijds kan de donatie ook gericht zijn aan een welbepaalde groep van verder onbepaalde personen (‘algemene gerichte donatie’). Zo zou de donor onder andere kunnen bepalen dat het orgaan enkel voor transplantatie bij kinderen, bij bepaalde ziekten (bv. niet alcoholici) of bij personen van een bepaald ras of geloof mag dienen.⁵⁶⁷¹ Sommige auteurs gebruiken voor dit type gerichte donatie uitsluitend de term ‘voorwaardelijke donatie’ (*conditional donation*).⁵⁶⁷² Deze terminologie kan echter niet worden gevolgd. Zoals aangetoond, kan een donatie afhankelijk zijn van verschillende andere voorwaarden dan voorwaarden betreffende de gewenste groep van ontvangers, zodat de term ‘voorwaardelijke donatie’ hier onvoldoende precies is.

⁵⁶⁶⁵ Zie reeds *supra* Deel V, Hoofdstuk III, Afd. 1, § 1, B en Afd. 2, § 1, A.

⁵⁶⁶⁶ F.J.M.F. DOR *et al.*, “New Classification of ELPAT for Living Organ Donation”, *Transplantation* 2011, vol. 91, (935) 936-937; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 450; OPTN Policy 1.2, www.optn.transplant.hrsa.gov.

⁵⁶⁶⁷ Vgl. P.S. RAO en A. OJO, “The Alphabet Soup of Kidney Transplantation: SCD, DCD, ECD – Fundamentals for the Practicing Nephrologist”, *Clin. J. Am. Soc. Nephrol.* 2009, (1827) 1830.

⁵⁶⁶⁸ Zie ook: F.J.M.F. DOR *et al.*, *o.c.*, *Transplantation* 2011, vol. 91, (935) 936, waar de term ‘specified donation’ wordt voorgesteld.

⁵⁶⁶⁹ GwH 24 april 2008, *T. Gez.* 2008-09, (137) 142, noot A.V.

⁵⁶⁷⁰ J. NEUBERGER en D. MAYER, “Conditional Organ Donation – Case Scenarios and Questions”, *Transplantation* 2008, (1527) 1529. Zie over *solicited donation* al *supra* Deel IV, Hoofdstuk III, Afd. 4, § 2, C.2.b.

⁵⁶⁷¹ THE UNOS ETHICS COMMITTEE, *o.c.*, *Transpl. Proc.* 1992, (2227) 2234; J. NEUBERGER en D. MAYER, *o.c.*, *Transplantation* 2008, (1527) 1527-1529; A.J. CRONIN *et al.*, “Directed and Conditional Donation: Reflections on Principles and Practice” in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2011, (180) 186.

⁵⁶⁷² M.L. VOLK en P.A. UBEL, “A Gift of Life: Ethical and Practical Problems With Conditional and Directed Donation”, *Transplantation* 2008, (1542) 1542 en 1543; A.J. CRONIN *et al.*, *o.c.* in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2011, (180) 181.

1171. Er kan verder nog een onderscheid worden gemaakt tussen gerichte donatie zonder meer en ‘verzochte gerichte donatie’ (*requested donation*).⁵⁶⁷³ Bij gerichte donatie duidt de donor een (groep van) ontvanger(s) aan zonder verdere nuance. Bij verzochte gerichte donatie is er wel een nuance: de donor verzoekt dat zijn organen bij voorkeur worden gebruikt voor transplantatie bij een welbepaalde (groep van) ontvanger(s), maar laat niettemin ook transplantatie bij anderen toe indien men zijn verzoek niet kan of wil inwilligen. Verzochte gerichte donatie is m.a.w. primair een gerichte donatie en subsidiair een ongerichte donatie.

1172. Het mag duidelijk zijn dat gerichte donatie telkens neerkomt op een vorm van orgaantoewijzing waarbij de *wil van de donor* als (voornaamste) allocatiecriterium geldt. Hierna zal uitgebreider worden onderzocht in hoeverre dit allocatiecriterium naar huidig recht afdwingbaar is en of dit rechtskader ethisch-juridisch gerechtvaardigd kan worden. Om de duidelijkheid te bewaren, moet daarbij een onderscheid worden gemaakt tussen overleden donoren (*infra B*) en levende donoren (*infra C*).

B. De wil van de overleden donor

1173. Bij orgaanwegname na overlijden gaat het doorgaans om ongerichte donatie. Toch zijn er gevallen van zowel specifieke als algemene gerichte donatie bekend. Zo is er in België al minstens één geval gemeld waarbij een vader met een hartziekte wenste dat één van zijn nieren na zijn overlijden aan zijn zieke zoon zou worden toegewezen.⁵⁶⁷⁴ In het buitenland zijn er daarnaast gevallen bekend van *solicited donation* met overleden donoren, waarbij bv. de ouders van een pas overleden kind toestemden tot orgaanwegname ten behoeve van een ander, ziek kind wiens ouders eerder in de media een oproep tot orgaandonatie hadden gedaan.⁵⁶⁷⁵ Eveneens zijn er in het buitenland al meerdere gerichte donaties ten behoeve van uitsluitend blanke ontvangers gerapporteerd.⁵⁶⁷⁶ Het is niet ondenkbaar dat dergelijke gevallen zich in de toekomst ook in België voordoen. Bijgevolg is het van belang om het huidige Belgische rechtskader hieromtrent uiteen te zetten (*infra 1*) en vervolgens de rechtvaardiging van dit rechtskader kritisch te evalueren (*infra 2*).

1. Huidige rechtskader

1174. In tegenstelling tot de Verenigde Staten, waar gerichte donatie toegelaten is bij wet,⁵⁶⁷⁷ bestaat er in België geen specifieke wetbepaling die gerichte donatie regelt. Er moet dus worden teruggevallen op de meer algemene regels. Hierbij wordt de basis gevormd door het fundamentele recht op zelfbepaling (*infra a*). Er moet evenwel aanvullend ook rekening worden gehouden met een aantal wetbepalingen die dit recht inperken (*infra 2*).

⁵⁶⁷³ K. ZALEWSKA, “Introduction To Patient Selection And Allocation Policies (POL200/2.1)”, www.odt.nhs.uk, 5 en 15; A.J. CRONIN *et al.*, o.c. in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2011, (180) 185.

⁵⁶⁷⁴ *Vr. en Antw.* Senaat 2006-07, 8 mei 2006, Vr. nr. 3-5034 ANSEEUW.

⁵⁶⁷⁵ R.J. DEVETTERE, *Practical decision making in health care ethics*, 2000, 528 en 532 (de zaak Jamie Fiske en de zaak Jesse Sepulveda); J. NEUBERGER en D. MAYER, o.c., *Transplantation* 2008, (1527) 1528. Zie daarnaast ook de zaak van Todd Krampitz: ROBERTSON, “Organ Advertising: Desperate Patients Solicit Volunteers”, *J. L. Med. & Ethics* 2005, (170) 170.

⁵⁶⁷⁶ A. SPITAL, “Should People Who Donate a Kidney to a Stranger Be Permitted to Choose Their Recipients? Views of the United States Public”, *Transplantation* 2003, (1252) 1254-1255; T.M. WILKINSON, “What’s not wrong with conditional organ donation?”, *J. Med. Ethics* 2003, (163) 164; J. NEUBERGER en D. MAYER, o.c., *Transplantation* 2008, (1527) 1527-1528.

⁵⁶⁷⁷ Federaal: 42 CFR § 121.8(h). Statelijk: sec. 11(a)(2) en (b) UAGA 2006. Zie ook: X., “Organ Donation and Transplantation” in S. SANBAR *et al.* (eds.), *Legal Medicine*, St. Louis, Mosby, 2004 (6^{de} ed.), (271) 273.

a. Het zelfbepalingsrecht

1175. Zoals al in Deel V uitvoerig werd besproken, kan ieder persoon op basis van zijn zelfbepalingsrecht tijdens zijn leven bepalen wat er met zijn lijk, inclusief zijn organen, gebeurt na zijn overlijden. Dit zelfbepalingsrecht is gebaseerd op het respect voor de persoonlijke autonomie van de donor.⁵⁶⁷⁸ Welnu, een gerichte donatie kan *in casu* worden beschouwd als een autonome beslissing van de donor met betrekking tot zijn lijk. Bijgevolg omvat het zelfbepalingsrecht in principe ook een recht op gerichte donatie.⁵⁶⁷⁹ Logischerwijze beschermt het zelfbepalingsrecht wel enkel de werkelijke wil van de donor. Dit wil onder meer zeggen dat de gerichte donatie duidelijk moet zijn en geïnformeerd tot stand moet zijn gekomen.⁵⁶⁸⁰

Concreet vereist het zelfbepalingsrecht dat de orgaanwegneming in geval van gerichte donatie ofwel plaatsvindt mét respect voor de ontvangerkeuze conform de gerichte donatie, ofwel geheel niet plaatsvindt (tenzij bij een loutere *requested donation*).⁵⁶⁸¹ Indien het orgaan dan toch zou worden weggenomen zonder bij de daaropvolgende transplantatie de ontvangerkeuze te respecteren, dan wordt het zelfbepalingsrecht geschonden. Onder een *presumed consent*-systeem, dat in België van toepassing is op de meeste personen,⁵⁶⁸² staat deze schending meer bepaald gelijk aan een orgaanwegneming in strijd met vereiste van afwezigheid van verzet van de donor (art. 10, § 1, lid 1 Orgaantransplantatiewet). Een gerichte donatie impliceert immers dat de donor zich verzet tegen ongerichte donatie. Onder een *explicit consent*-systeem, dat in België van toepassing is op een beperkte categorie van personen,⁵⁶⁸³ staat de schending van het zelfbepalingsrecht dan weer gelijk aan orgaanwegneming in strijd met het toestemmingsvereiste (art. 10, § 1, lid 3 Orgaantransplantatiewet). Een gerichte donatie impliceert immers dat de donor enkel toestemt tot orgaanwegneming ten behoeve van de aangeduide (groep van) ontvanger(s). Bijgevolg zou de orgaanwegneming dan telkens overeenkomstig artikel 10, § 1 *iuncto* artikel 17, § 3, lid 1 Orgaantransplantatiewet tot strafbaarstelling kunnen leiden.⁵⁶⁸⁴

Zelfs los daarvan zou de schending van het zelfbepalingsrecht bovendien tot burgerrechtelijke aansprakelijkheid kunnen leiden. Deze schending kan immers beschouwd worden als een fout op basis waarvan de naasten van de donor⁵⁶⁸⁵ vergoeding voor bv. morele schade kunnen vorderen. Indien het gaat om een specifieke gerichte donatie, dan zou bovendien ook de ontvanger vergoeding kunnen vorderen voor de schade veroorzaakt doordat hij het orgaan dat de donor hem had toegewezen, niet heeft gekregen (bv. morele schade, verlies van een genezingskans).

⁵⁶⁷⁸ Zie met name *supra* Deel V, Hoofdstuk II, Afd. 2. Ook de naasten van de overledene hebben hierover tot zekere hoogte een beslissingsrecht. Over de aard van dit recht bestaat evenwel enige discussie (*Cf.* Deel V, Hoofdstuk II, Afd. 3).

⁵⁶⁷⁹ Vgl. C. LEMMENS, *Voorafgaande wilsverklaringen met betrekking tot het levenseinde*, 2013, 126; J. SIJMONS, “Beschikken over organen na overlijden: organen als collectieve nalatenschap?”, *NTBR* 2013, (259) 264-265.

⁵⁶⁸⁰ *Cf. supra* Deel V, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 1, B.2.

⁵⁶⁸¹ Vgl. A.J. CRONIN en J.F. DOUGLAS, “Directed and Conditional Deceased Donor Organ Donations: Laws and Misconceptions”, *Med. L. Rev.* 2010, (275) 295 en 301. Zie ook op p. 297, over de zaak van Laura Ashworth, die vooraleer ze stierf aan astma de wens uitdrukte dat een van haar nieren naar haar zieke moeder zouden gaan, maar wat uiteindelijk niet werd ingewilligd. De auteurs stellen dat de niet-naleving van de gerichte donatie niet tot aansprakelijkheid kon leiden omdat het slechts een *requested donation* betrof.

⁵⁶⁸² Zie *supra* Deel V, Hoofdstuk IV.

⁵⁶⁸³ Zie *supra* Deel V, Hoofdstuk IV, Afd. 2, § 2, C.1.

⁵⁶⁸⁴ Vgl. A.J. CRONIN en J.F. DOUGLAS, *o.c.*, *Med. L. Rev.* 2010, (275) 295-296.

⁵⁶⁸⁵ *Cf. supra* Deel V, Hoofdstuk II, Afd. 3, § 1.

b. Inperking van het zelfbepalingsrecht

1176. Dat orgaanwegneming en -transplantatie krachtens het zelfbepalingsrecht niet mag plaatsvinden in strijd met de gerichte donatie wil nog niet zeggen dat de donor ook een recht heeft om orgaanwegneming en -transplantatie conform zijn gerichte donatie af te dwingen. Op basis van onder meer artikel 8, § 2 EVRM kan het zelfbepalingsrecht immers worden beperkt bij ‘wet’.⁵⁶⁸⁶ Met betrekking tot gerichte donatie zijn er verschillende wettelijke normen die het zelfbepalingsrecht inperken. Ze worden hierna achtereenvolgens besproken.

1) *Evenredigheid van fysieke aantastingen*

1177. In principe maakt de fysieke aantasting van de ontvanger ten gevolge van een transplantatie het misdrijf ‘slagen en verwondingen’ (art. 369 e.v. Sw.) uit. Algemeen wordt aangenomen dat deze fysieke aantasting slechts kan worden gerechtvaardigd indien de baten voor de patiënt evenredig zijn aan de risico’s. De arts die een transplantatie uitvoert in strijd met dit evenredigheidsvereiste, brengt zowel zijn strafrechtelijke als burgerrechtelijke aansprakelijkheid in het gedrang.⁵⁶⁸⁷ Hieruit vloeit voort dat de donor de arts niet kan verplichten tot orgaanwegneming en –transplantatie ten behoeve van een door hem bepaalde (groep van) ontvanger(s) indien deze transplantatie geen baat of overdreven risico’s inhoudt. Het evenredigheidsvereiste beperkt in die zin het recht op gerichte donatie.

2) *Het verbod op betaalde donatie*

1178. Overeenkomstig artikel 4, § 1 Orgaantransplantatiewet moeten donaties van organen van overleden donoren onbetaald zijn. Noch de donor, noch zijn naasten mogen enig recht doen gelden ten aanzien van de ontvanger.⁵⁶⁸⁸ Indien een specifieke gerichte donatie lijkt te zijn ingegeven door betaling vanwege de aangeduide ontvanger, dan moet het transplantatiecentrum deze gerichte donatie weigeren. In die zin beperkt dus ook het verbod op betaalde donatie het recht op gericht donatie. Dit zal in de praktijk m.i. voornamelijk gelden voor *solicited donation*, aangezien hier winstbejag eerder een risico zal zijn dan bij donatie aan emotioneel gerelateerde ontvangers.

3) *Het anonimiteitsgebod*

1179. Volgens artikel 4bis Orgaantransplantatiewet mag de identiteit van de donor en de ontvanger in het kader van een wegneming na overlijden niet worden meegedeeld.⁵⁶⁸⁹ Dit anonimiteitsgebod leidt tot een beperking van het recht op gerichte donatie. Enerzijds impliceert het anonimiteitsgebod dat het transplantatiecentrum niet kan instemmen met een gerichte donatie aan een welbepaalde ontvanger.⁵⁶⁹⁰ Indien het dergelijke donatie toch zou uitvoeren, dan zou het impliciet de identiteit van de ontvanger meedelen en bijgevolg artikel 4bis

⁵⁶⁸⁶ Zie over de invulling hiervan: *supra* Deel IV, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, D.1.

⁵⁶⁸⁷ Vgl. *supra* Deel IV, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, D.1.

⁵⁶⁸⁸ Zie voor een uitgebreidere bespreking hiervan: *supra* Deel III, Hoofdstuk I, Afd. 2, § 1.

⁵⁶⁸⁹ Zie voor een uitgebreidere bespreking hiervan: *supra* Deel III, Hoofdstuk I, Afd. 2, § 3.

⁵⁶⁹⁰ *Vr. en Antw.* Kamer 2004-05, 10 augustus 2005, Vr. nr. 531 K. BULTINCK; *Vr. en Antw.* Senaat 2006-07, 8 mei 2006, Vr. nr. 3-5034 ANSEEUW; T. VANSWEEVELT, “Art. 10 Orgaantransplantatiewet” in *Comm. Pers.*, 2007, currens, losbl., 8; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 130. Zie ook: C. BYK, “Transplantation d’organes et droit: une greffe réussie ? Expérience française, contexte européen”, *JCP G.* 1997, nr. 4026, (245) 249 over het Franse anonimiteitsgebod (art. L1211-5 Code de la Santé Publique).

Orgaantransplantatiewet schenden. Anderzijds zou het anonimiteitsgebod ook een hindernis kunnen vormen voor de gerichte donatie aan een welbepaalde groep van ontvangers. Hierbij zou het transplantatiecentrum op het eerste gezicht niet de identiteit van de uiteindelijke ontvanger moeten vermelden, maar zou het gewoon kunnen bevestigen aan de (naaste van de) donor dat deze ontvanger tot de gespecificeerde groep behoort. In dat geval blijft de ontvanger anoniem en wordt artikel 4*bis* Orgaantransplantatiewet niet geschonden. Niettemin zal de (naaste van de) donor maar echt kunnen controleren of de ontvanger tot de gespecificeerde groep behoort indien hij ook de identiteit kent. *De facto* zal het anonimiteitsgebod zo dus ook deze vorm van gerichte donatie kunnen beletten.

4) *De wettelijke allocatieregeling*

1180. Volgens artikel 13*bis*, § 1, lid 1 Orgaantransplantatiewet is de Europese orgaanuitwisselingsorganisatie (Eurotransplant) bevoegd voor de orgaanuitwisseling. Deze uitwisseling moet gebeuren overeenkomstig de allocatiecriteria opgesomd in artikel 13*bis*, § 2 Orgaantransplantatiewet (compatibiliteit, landenbalans, urgentie, wachttijd en geografische afstand).⁵⁶⁹¹ Deze wettelijke criteria staan duidelijk los van de wil van de donor. In de allocatiesystemen van Eurotransplant wordt met de wil van de donor evenmin rekening gehouden. Het Ethisch Comité van Eurotransplant heeft zich zelfs uitdrukkelijk uitgesproken tegen gerichte donatie op basis van de opvatting dat weggenomen organen van overledenen middelen zijn die aan de samenleving toebehoren (“*societal assets*”).⁵⁶⁹² Welnu, uit de wettelijke bevoegdheid van Eurotransplant en uit de wettelijke allocatiecriteria kan impliciet worden afgeleid dat de orgaanallocatie in principe onttrokken is aan de wil van de donor.⁵⁶⁹³ Aangezien de transplantatiecentra verplicht zijn tot naleving van de Orgaantransplantatiewet,⁵⁶⁹⁴ zullen ze dus de gerichte donatie moeten afwijzen (of de donor/zijn naasten overtuigen van een ongerichte donatie). De wettelijke allocatieregeling leidt in die zin wederom tot een aanzienlijke beperking van het recht op gerichte donatie.

1181. Toch moet deze inperking van het zelfbepalingsrecht lichtjes genuanceerd worden. Enerzijds meent het Ethisch Comité van Eurotransplant dat gerichte donatie in bepaalde gevallen uitzonderlijk wél kan overwogen worden.⁵⁶⁹⁵ Juridisch gezien bestaat hiervoor alvast enige marge, nu de criteria uit artikel 13*bis*, § 2 Orgaantransplantatiewet m.i. slechts minimumcriteria zijn. Eurotransplant mag dus in principe ook andere allocatiecriteria integreren in zijn allocatiesystemen voor zover ze verenigbaar zijn met de wettelijke criteria.⁵⁶⁹⁶ Aangezien artikel 13*bis*, § 2 niet duidelijk bepaalt welke waarde aan ieder wettelijk criterium moet worden gegeven, beschikt Eurotransplant m.i. over enige marge om te beoordelen in hoeverre andere criteria hiermee verenigbaar zijn. Voor zover kon worden gevonden, bevat de praktijkhandleiding van Eurotransplant echter nog geen uitzondering zoals vermeld door het Ethisch Comité.

⁵⁶⁹¹ Zie al *supra* § 2 van deze Afdeling.

⁵⁶⁹² Eurotransplant Newsletter nr. 199, www.eurotransplant.org, 13 en Eurotransplant Newsletter nr. 206, www.eurotransplant.org, 7 (recommendation 03.06). Vgl. voor het concept van organen als ‘gemeenschapsgoederen’: J.F. CHILDRESS, o.c. in J.F. BLUMSTEIN en F.A. SLOAN (eds.), *Organ transplantation policy*, 1989, (87) 102, 103 en 110; J.B. DOSSETOR, o.c. in W. LAND en J.B. DOSSETOR (eds.), *Organ Replacement Therapy*, 1991, (393) 397.

⁵⁶⁹³ Vgl. C. TROUET, *Van lichaam naar lichaamsmateriaal*, 2003, 124; J. SIJMONS, o.c., *NTBR* 2013, (259) 262 (over art. 18, lid 3 WOD); J.K.M. GEVERS, o.c. in V.G.H.J. KIRKELS (ed.), *Transplantatie en mensbeeld*, 1992, (23) 33.

⁵⁶⁹⁴ Art. 4 KB Transplantatiecentra.

⁵⁶⁹⁵ Eurotransplant Newsletter nr. 199, www.eurotransplant.org, 13 en Eurotransplant Newsletter nr. 206, www.eurotransplant.org, 7.

⁵⁶⁹⁶ Zie het inleidend randnummer bij *supra* § 2 van deze Afdeling.

Anderzijds is het niet uitgesloten dat een gerichte donatie tot dezelfde kandidaat-ontvanger als het allocatiesysteem van Eurotransplant leidt. Dit kan met name het geval zijn indien de donatie specifiek gericht is tot naaste familie.⁵⁶⁹⁷ Maar dan nog zal deze allocatie enkel te danken zijn aan de algemene allocatieregels (o.a. het compatibiliteitscriterium⁵⁶⁹⁸ en/of het afstandscriterium⁵⁶⁹⁹), niet aan de wil van de donor als zodanig. Hetzelfde geldt bv. indien de donatie algemeen gericht is op uitsluitend blanke ontvangers en het allocatiesysteem de organen zelfs zonder deze voorwaarde zou hebben toegewezen aan een blanke ontvanger.⁵⁷⁰⁰

2. De rechtvaardigingstoets

1182. Uit het voorgaande volgt dat het huidige rechtskader vrijwel geen ruimte laat aan transplantatiecentra om gehoor te geven aan gerichte donatie in de context van orgaanwegneming na overlijden. De vraag rijst of deze restrictieve houding ten aanzien van (het recht op) gerichte donatie wel gerechtvaardigd is. Aangezien het hier om een beperking van het zelfbepalingsrecht van de donor gaat, zal getoetst moeten worden aan artikel 8, § 2 EVRM. Dit houdt in dat de beperking een legitiem doel moet dienen en een evenredig middel moet zijn om dit doel te bereiken.⁵⁷⁰¹ Deze problematiek kan evenwel ook benaderd worden vanuit artikel 14 EVRM (en art. 10-11 GW). Gerichte donatie zal immers neerkomen op een ongelijke behandeling van kandidaat-ontvangers op basis van de wil van de donor. Deze vorm van ongelijke behandeling zal slechts gerechtvaardigd zijn indien hij een legitiem doel dient en een evenredig middel vormt om dit doel te bereiken.⁵⁷⁰² Het antwoord op de rechtvaardigingstoets van artikel 8, § 2 EVRM zal dus meteen ook een antwoord bieden op de rechtvaardigingstoets van artikel 14 EVRM (en art. 10-11 GW).⁵⁷⁰³

Hierna zal aan de hand van de drie basisprincipes van ontvangersselectie (billijkheid, utiliteit en autonomie)⁵⁷⁰⁴ worden onderzocht in hoeverre een verbod op gerichte donatie een legitiem doel dient (*infra* a). Vervolgens zullen de drie principes tegen elkaar worden afgewogen om te bepalen welke van de mogelijke oplossing evenredig is (*infra* b).

a. Toetsing aan de basisprincipes van ontvangersselectie

1183. Het principe van *billijkheid* vereist dat organen worden toebedeeld aan de patiënten met de grootste nood (bv. de meest urgente gevallen of hooggeïmmuniseerde patiënten). Gerichte donatie zal echter geenszins dit resultaat garanderen. De donor zou immers evengoed kunnen beslissen om zijn organen toe te wijzen aan patiënten die niet in de grootste nood verkeren. Meer algemeen vereist het billijkheidsprincipe bovendien dat personen met de minste maatschappelijke kansen (bv. bepaalde etnische minderheden) alsnog gelijkwaardige kansen worden geboden. Gerichte donatie (bv. door uitsluiting van bepaalde rassen) zou er echter toe kunnen leiden dat deze personen juist minder kansen krijgen (*in casu* wegens het ontzeggen

⁵⁶⁹⁷ Bv. *Vr. en Antw.* Kamer 2004-05, 10 augustus 2005, Vr. nr. 531 K. BULTINCK; *Vr. en Antw.* Senaat 2006-07, 8 mei 2006, Vr. nr. 3-5034 ANSEEUW; J.K.M. GEVERS, o.c. in V.G.H.J. KIRKELS (ed.), *Transplantatie en mensbeeld*, 1992, (23) 23-24.

⁵⁶⁹⁸ De kans op een goede weefselcompatibiliteit is doorgaans hoger bij familieleden.

⁵⁶⁹⁹ De kans is groot dat familieleden dicht bij elkaar in de buurt wonen en dus in hetzelfde transplantatiecentrum terecht zullen komen.

⁵⁷⁰⁰ Bv. J. NEUBERGER en D. MAYER, o.c., *Transplantation* 2008, (1527) 1527-1529.

⁵⁷⁰¹ Vgl. *supra* Deel IV, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, D.1.

⁵⁷⁰² Zie *supra* Afd. 1, § 1, B van dit Hoofdstuk.

⁵⁷⁰³ Daarmee wordt tevens een antwoord geboden op de open rechtvaardigingstoets uit de Antidiscriminatiewet. Zie opnieuw *supra* Afd. 1, § 1, B van dit Hoofdstuk.

⁵⁷⁰⁴ Zie *supra* Afd. 1, § 2, A van dit Hoofdstuk.

van genezing via orgaantransplantatie).⁵⁷⁰⁵ Er kan dus worden besloten dat het billijkheidsprincipe een argument *contra* gerichte donatie vormt.⁵⁷⁰⁶

1184. Het principe van utiliteit behelst zowel de medische als de sociale utiliteit. Het principe van *medische utiliteit* vereist dat de succeschansen voor de ontvanger worden gemaximaliseerd. Gerichte donatie zal echter ook dit resultaat niet steeds garanderen.⁵⁷⁰⁷ Het zou bv. kunnen dat een specifieke gerichte donatie leidt tot een ontvanger die geen geschikte *match* is. In dat geval vormt het medische utiliteitsprincipe een duidelijk argument *contra* gerichte donatie. Zo werd ook in de Amerikaanse *Colavito*-zaak de aanspraak van een kandidaat-ontvanger op nieren, die door de weduwe van zijn overleden vriend aan hem waren gedoneerd, afgewezen omdat de nieren uiteindelijk incompatibel bleken.⁵⁷⁰⁸ Voorts zou specifieke gerichte donatie (met name in geval van *solicited donation*) aanleiding kunnen geven tot donatie tegen betaling.⁵⁷⁰⁹ Dit zou bepaalde kwaliteits- en veiligheidsrisico's meebrengen voor de ontvanger.⁵⁷¹⁰ Ook dan kan het medische utiliteitsprincipe als argument *contra* gerichte donatie worden aangevoerd. Ten slotte zou algemene gerichte donatie bepaalde kandidaat-ontvangers (bv. ex-alcoholici) kunnen uitsluiten, terwijl een orgaantransplantatie voor hen nochtans tot zeer goede resultaten zou kunnen leiden.⁵⁷¹¹ Wederom vormt het medische utiliteitsprincipe een argument *contra* gerichte donatie.

Het principe van *sociale utiliteit* vereist op zijn beurt dat de voordelen voor de samenleving worden gemaximaliseerd. In verband met gerichte donatie draait dit principe hoofdzakelijk rond de invloed op het orgaanaanbod. Sommigen critici menen dat een verbod op gerichte donatie slechts een beperkte impact zou hebben op het orgaanaanbod, omdat de meeste personen nog steeds ongericht donor zouden willen zijn indien hun gerichte donatie niet wordt ingewilligd.⁵⁷¹² Nochtans kan dit niet van iedere potentiële donor gezegd worden.⁵⁷¹³ Een verbod op gerichte donatie zou dus wel degelijk een verlies van orgaanaanbod kunnen betekenen, hoe klein dit ook moge zijn.⁵⁷¹⁴ Zelfs bij een beperkte toename van het aantal

⁵⁷⁰⁵ M.L. VOLK en P.A. UBEL, *o.c.*, *Transplantation* 2008, (1542) 1542. Zie in het bijzonder ook over *solicited donation*: A.K. GLAZIER en S. SASJACK, "Should it be Illicit to Solicit? A Legal Analysis of Policy Options to Regulate Solicitation of Organs for Transplant", *Health Matrix* 2007, (63) 68 en 70-71, waar de mogelijkheid van de overheid om beperkingen op te leggen inzake *solicited donation* wordt afgetoetst aan het fundamentele recht op vrije meningsuiting (*freedom of speech*).

⁵⁷⁰⁶ Zie ook: A. TIBELL, *o.c.*, *Transplantation* 2008, (1538) 1539; K. ZALEWSKA, "Introduction To Patient Selection And Allocation Policies (POL200/2.1)", www.odt.nhs.uk, 15; UK HEALTH ADMINISTRATIONS, HTA en NHSBT, "Requested Allocation of a Deceased Donor Organ", 2010, www.dh.gov.uk, nr. 10.

⁵⁷⁰⁷ Vgl. R.J. DEVETTERE, *Practical decision making in health care ethics*, 2000, 533; A. TIBELL, *o.c.*, *Transplantation* 2008, (1538) 1539.

⁵⁷⁰⁸ *Colavito v. New York Organ Donor Network Inc.*, 8 N.Y.3d 43 (N.Y. CA, 2006); *Colavito v. New York Organ Donor Network Inc.*, 486 F.3d 78 (U.S. CA, 2nd Circ., 2007). Deze uitspraken werden voorafgegaan door: *Colavito v. New York Organ Donor Network Inc.*, 356 F.Supp.2d 237 (U.S. Distr. C., E.D.N.Y. 2005); *Colavito v. New York Organ Donor Network Inc.*, 438 F.3d 214 (U.S. CA, 2nd Circ., 2006). Zie ook: D. MISHRA, "'Tis Better to Receive: the Case for an Organ Donee's cause of action", *Yale L. & Pol'y Rev.* 2007, (403) 412-413.

⁵⁷⁰⁹ D.W. HANTO, "Ethical Challenges Posed by the Solicitation of Deceased and Living Organ Donors", *N. Eng. J. Med.* 2007, (1062) 1065; A.J. CRONIN *et al.*, *o.c.* in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2011, (180) 184. Schijnbaar ook: K. ZALEWSKA, "Introduction To Patient Selection And Allocation Policies (POL200/2.1)", www.odt.nhs.uk, 15.

⁵⁷¹⁰ Cf. *supra* Deel III, Hoofdstuk I, Afd. 1, § 2, C.3.b.

⁵⁷¹¹ Vgl. D. PRICE, "Conditional Organ Donation – A View of the Ethicist", *Transplantation* 2008, (1540) 1541; M.L. VOLK en P.A. UBEL, *o.c.*, *Transplantation* 2008, (1542) 1543. Zie specifiek over alcoholici *supra* Afd. 2, § 3, C.2.b. van dit Hoofdstuk.

⁵⁷¹² A. SPITAL, *o.c.*, *Transplantation* 2003, (1252) 1255; D.W. HANTO, *o.c.*, *N. Eng. J. Med.* 2007, (1062) 1063. Specifiek t.a.v.: A.K. GLAZIER en S. SASJACK, *o.c.*, *Health Matrix* 2007, (63) 69-70.

⁵⁷¹³ Bv. *Colavito v. New York Organ Donor Network Inc.*, 356 F.Supp.2d 237 (U.S. Distr. C., E.D.N.Y. 2005). Zie ook: J. RADCLIFFE RICHARDS, "Self-Imposed Boundaries: Institutional Constraints on Organ Procurement" in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J.V. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2011, (41) 44-45, die meent dat sommigen sneller tot donatie bereid zijn wanneer ze een zekere affiniteit met de ontvanger ervaren.

⁵⁷¹⁴ Zie ook: J. RADCLIFFE RICHARDS, "Transplants and the Problems of Justice to Groups" in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2008, (382) 383-384; R.J. DEVETTERE, *Practical decision making in health care*

organen kan gerichte donatie nog aanzienlijke baten opleveren, want niet enkel leidt dit tot genezing van de gespecificeerde ontvanger (voor zover uiteraard ook het medische utiliteitsprincipe werd gerespecteerd), maar tevens zal dit een voordeel opleveren voor andere kandidaat-ontvangers op de wachtlijst. Doordat de gespecificeerde ontvanger dankzij de transplantatie van de wachtlijst verdwijnt, zullen zij immers bij wijze van spreken ‘een plaats opschuiven’ en groeit hun kans om tijdig een orgaan te krijgen.⁵⁷¹⁵ In die zin vormt het sociale utiliteitsprincipe een argument *pro* gerichte donatie. Andere critici stellen dan weer dat het inwilligen van bepaalde donatievoorwaarden (m.n. racistische voorwaarden of *solicited donation*) het publieke vertrouwen in het hele transplantatiesystemen zou kunnen ondermijnen. Dit zou de algemene donatiebereidheid en dus het orgaanaanbod doen dalen.⁵⁷¹⁶ Voorlopig werd hiervoor nog geen duidelijk empirisch bewijs gevonden. Het is dus niet zo zeker of deze kritiek zal opwegen tegen de rechtstreekse stijging van het orgaanaanbod ten gevolge van gerichte donatie.⁵⁷¹⁷ Niettemin kan een aantasting van het publiek vertrouwen bij sommige gerichte donaties niet geheel worden uitgesloten. Dit zwakt op zijn minst het eerdere sociaal-utilitaristische argument *pro* gerichte donatie af.

1185. Het principe van autonomie vereist ten slotte dat de individuele vrijheid van de donor wordt gemaximaliseerd. Dit pleit op het eerste gezicht volledig *pro* gerichte donatie.⁵⁷¹⁸ Nochtans zou de keuze van de donor gebaseerd kunnen zijn op een verkeerde voorstelling van de werkelijkheid. Denk vooral aan gevallen van *solicited donation* waarbij de kandidaat-ontvanger misleidende verklaringen aflegt om zich ten aanzien van de donor te profileren als de ideale ontvanger.⁵⁷¹⁹ Daarnaast kan bv. ook gedacht worden aan het uitsluiten van alle (ex-)alcoholici van leverdonatie op basis van de foutieve veronderstelling dat iedere (ex-)alcoholicus volledig zelf verantwoordelijk is voor zijn ziekte en/of dat levertransplantatie bij hen altijd zinloos is.⁵⁷²⁰ Vanuit dit perspectief van autonomiebescherming zou het autonomiebeginsel dus ook als een argument *contra* gerichte donatie kunnen worden aangevoerd.

b. Voorstel tot een meer evenredige regelgeving

1186. Uit het voorgaande blijkt dat gerichte donatie betreffende de organen van een overleden donor op verschillende punten kan conflicteren met de ethische basisprincipes van ontvangerselectie. Nu komt het erop aan om deze principes tegen elkaar af te wegen en zodoende een evenredige oplossing te identificeren. Verschillende opvattingen zijn mogelijk. Hierna wordt ingegaan op de drie belangrijkste: de restrictieve, de liberale en de eigen, gematigde visie.

ethics, 2000, 533; W.N. KEYES, *Bioethical and evolutionary approaches to medicine and the law*, Chicago ill., American Bar Association, 2007, 683-684; A.K. GLAZIER en S. SASJACK, *o.c.*, *Health Matrix* 2007, (63) 68; D. MISHRA, *o.c.*, *Yale L. & Pol'y Rev.* 2007, (403) 410-411; M.T. HILHORST, “Living apart together”: moral frictions between two coexisting organ transplantation schemes”, *J. Med. Ethics* 2008, (484) 485; E.R. HAIN, “I Want “You” to Have “My” Heart: How Using a Will May Better Protect a Donor’s Intent in Insuring Successful Directed Donation of Organs”, *Quinnipiac Prob. L.J.* 2015, (304) 305, 311 en 321.

⁵⁷¹⁵ Vgl. A.K. GLAZIER en S. SASJACK, *o.c.*, *Health Matrix* 2007, (63) 68; M.F. ANDERSON, *o.c.*, *Health Matrix* 1995, vol. 5, (249) 305, voetnoot 197.

⁵⁷¹⁶ A. SPITAL, *o.c.*, *Transplantation* 2003, (1252) 1255; D.W. HANTO, *o.c.*, *N. Eng. J. Med.* 2007, (1062) 1064; A.K. GLAZIER en S. SASJACK, *o.c.*, *Health Matrix* 2007, (63) 70-71; J. NEUBERGER, *o.c.*, *Transplantation* 2008, (1532) 1534; D. PRICE, *o.c.*, *Transplantation* 2008, (1540) 1540; M.L. VOLK en P.A. UBEL, *o.c.*, *Transplantation* 2008, (1542) 1542.

⁵⁷¹⁷ T.M. WILKINSON, *o.c.*, *J. Med. Ethics* 2003, (163) 164.

⁵⁷¹⁸ Zie ook: A. SPITAL, *o.c.*, *Transplantation* 2003, (1252) 1254-1255; W.N. KEYES, *Bioethical and evolutionary approaches to medicine and the law*, 2007, 683-684; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 483.

⁵⁷¹⁹ Vgl. D. PRICE, *o.c.*, *Transplantation* 2008, (1540) 1541.

⁵⁷²⁰ Zie reeds *supra* Afd. 2, § 3, C.2.a. van dit Hoofdstuk.

1187. Volgens de restrictieve visie worden de verschillende argumenten *contra* gerichte donatie (op basis van billijkheid, medische en sociale utiliteit en zelfs autonomiebescherming) dermate sterk geacht dat gerichte donatie de rechtvaardigingstoets nooit kan doorstaan. Gerichte donatie is dan m.a.w. een vorm van discriminatie. De enige evenredige oplossing is bijgevolg een geheel verbod op gerichte donatie bij orgaanwegneming na overlijden.⁵⁷²¹ Deze visie strookt met het huidige rechtskader. Indien de wetgever verkiest om deze positie te behouden, dan is het weliswaar aangeraden om dit duidelijker in de wet te bepalen. Volgens artikel 8, § 2 EVRM moet een inperking van het zelfbepalingsrecht immers steunen op een duidelijke en voorzienbare rechtsregel.⁵⁷²² Het huidige rechtskader belet gerichte donatie echter slechts impliciet.

Zelf acht ik deze oplossing een té verre gaande beperking van het zelfbepalingsrecht. De restrictieve visie heeft onvoldoende aandacht voor individuele autonomie, wat toch een belangrijke waarde in onze samenleving is. Ze heeft eveneens onvoldoende aandacht voor de sociaal-utilitaristische voordelen van gerichte donatie. Gelet op het orgaantekort moet een verlies van orgaanaanbod toch zo veel mogelijk vermeden worden.

1188. Volgens de liberale visie wordt de persoonlijke autonomie daarentegen zo belangrijk geacht dat de tegenargumenten van billijkheid, utiliteit en/of autonomiebescherming hiertegen niet kunnen opwegen. De wet zou de transplantatiecentra m.a.w. niet mogen verbieden om een verzoek tot gerichte donatie in te willigen.⁵⁷²³ Hoogstens kan hierbij als beperkende voorwaarde worden opgelegd dat de ontvanger een gezondheidsvoordeel moet halen uit de transplantatie.⁵⁷²⁴ Deze visie vereist een fundamentele aanpassing van het huidige rechtskader. Hiertoe werd reeds de afschaffing van het anonimiteitsgebod voorgesteld.⁵⁷²⁵ Een volledige afschaffing zou echter ook de gevallen van ongerichte donatie treffen en gaat dus verder dan nodig is. Er zou dan beter gewoon worden voorzien in een duidelijke wettelijke uitzondering op de wettelijke allocatiecriteria.

Ook deze visie is m.i. echter niet geheel overtuigend. De liberale visie lijkt te vergeten dat autonomie na overlijden niet meer dezelfde waarde heeft als bij leven. Zodoende besteedt ze onvoldoende aandacht aan de reële problemen van billijkheid, van medische utiliteit en mogelijk ook van sociale utiliteit. Een evenredige oplossing kan volgens mij dus enkel maar een tussenoplossing zijn.

1189. Aan de tussenoplossing die m.i. de voorkeur verdient, ligt een gematigde visie op de verschillende ethische basisprincipes ten grondslag. Zoals ook impliciet voortvloeit uit artikel 8, § 1 EVRM moet de persoonlijke autonomie van de donor als uitgangspunt worden genomen. Er moet in principe dus ruimte bestaan voor gerichte donatie bij orgaanwegneming na overlijden. Dit vereist een specifieke wetsbepaling die voorziet in een duidelijke uitzondering op de huidige wettelijke allocatiecriteria.⁵⁷²⁶ Om evenredig te zijn moet deze uitzondering weliswaar worden onderworpen aan voorwaarden waarmee zoveel mogelijk het hoofd wordt

⁵⁷²¹ In die zin: *Vr. en Antw.* Kamer 2004-05, 10 augustus 2005, Vr. nr. 531 K. BULTINCK; *Vr. en Antw.* Senaat 2006-07, 8 mei 2006, Vr. nr. 3-5034 ANSEEUW.

⁵⁷²² Cf. *supra* Deel IV, Hoofdstuk IV, Afd. 2, § 2, D.1.

⁵⁷²³ J. SIJMONS, o.c., *NTBR* 2013, (259) 264-265.

⁵⁷²⁴ C. LEMMENS, *Voorafgaande wilsverklaringen met betrekking tot het levenseinde*, 2013, 863-864.

⁵⁷²⁵ C. LEMMENS, *Voorafgaande wilsverklaringen met betrekking tot het levenseinde*, 2013, 863-864.

⁵⁷²⁶ Een EVRM-conforme interpretatie van het huidige, impliciet restrictieve rechtskader zou immers niet tot voldoende rechtszekerheid kunnen leiden.

geboden aan de verschillende billijkheids-, utiliteits- en autonomieproblemen. Ik identificeer meer bepaald drie voorwaarden:

- 1) *Voorrang aan kandidaat-ontvangers in onmiddellijk levensgevaar.* Het voornaamste probleem vanuit het billijkheidprincipe is dat gerichte donatie organen zou kunnen onttrekken aan kandidaat-ontvangers die deze zeer dringend nodig hebben om in leven te blijven. Zoals al eerder werd verdedigd,⁵⁷²⁷ kan het louter morele (autonomie)belang van een donor met betrekking tot zijn stoffelijk overschot niet opwegen tegen het levensbelang van een levende patiënt. Transplantatiecentra zouden dus enkel mogen participeren aan gerichte donatie voor zover de donoren toelaten dat hun organen primair worden aangewend voor de meeste urgente gevallen.⁵⁷²⁸
- 2) *De transplantatie moet de gekozen ontvanger(s) een gezondheidsvoordeel opleveren.* Het medische utiliteitsprincipe zou grovelijk worden miskend indien de gerichte donatie zou leiden tot een transplantatie die helemaal geen gezondheidsvoordeel (bv. door een gebrek aan compatibiliteit) voor de ontvanger heeft. Dit kan wegens het orgaantekort en wegens de onevenredige fysieke aantasting van de ontvanger niet worden getolereerd. Transplantatiecentra zouden dus enkel mogen participeren aan gerichte donatie voor zover de donoren toelaten dat van hun ontvangerkeuze wordt afgeweken indien blijkt dat dit geen gezondheidsvoordeel voor de gekozen ontvanger zou opleveren.⁵⁷²⁹ De transplantatie moet m.a.w. geïndiceerd zijn.⁵⁷³⁰
- 3) *De donor moet (voorlopig) een hechte emotionele band hebben met de gekozen ontvanger(s).* Het principe van sociale utiliteit leidt tot het moeilijkste dilemma. Op het eerste gezicht zal gerichte donatie vanuit sociaal-utilitaristisch oogpunt geen probleem opleveren, aangezien ze voor een toename van het orgaanaanbod kan zorgen. De baten daarvan voor de volksgezondheid vormen m.i. een sterk argument vóór gerichte donatie, want het behelst “*limited gifts rather than no gift at all*”⁵⁷³¹. Het zou zelfs gerichte donatie onder ethisch verwerpelijke voorwaarden (bv. uitsluiting van andere rassen) kunnen verantwoorden. De kandidaat-ontvangers horen immers toch niet gestraft te worden door genezingskansen te ontnemen omwille van de dubieuze morele opvattingen van een ander, *in casu* de donor?⁵⁷³² Dit geldt des te sterker indien de inwilliging van de gerichte donatie sowieso tot dezelfde ontvanger(s) leidt als de algemene allocatieregels van Eurotransplant; er is in dat geval m.i. geen reden om niet tot orgaanwegneming en -transplantatie over te gaan.

Niettemin moet rekening worden gehouden met het sociaal-utilitaristische risico dat bepaalde donatievoorwaarden kunnen leiden tot een breuk in het publieke vertrouwen en dus tot een daling van de donatiebereidheid. Een evenredige oplossing zou er logischerwijze in bestaan om enkel die bepaalde donatievoorwaarden te verbieden.⁵⁷³³ Hiertegen wordt dan weer opgeworpen dat het zeer moeilijk is om te

⁵⁷²⁷ Zie *supra* Deel V, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, C.

⁵⁷²⁸ Zie ook: K. ZALEWSKA, “Introduction To Patient Selection And Allocation Policies (POL200/2.1)”, www.odt.nhs.uk, 14 en 16-17 ; UK HEALTH ADMINISTRATIONS, HTA en NHSBT, “Requested Allocation of a Deceased Donor Organ”, 2010, www.dh.gov.uk, nrs. 12-14; A.J. CRONIN *et al.*, o.c. in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2011, (180) 183.

⁵⁷²⁹ Vgl. C. LEMMENS, *Voorafgaande wilsverklaringen met betrekking tot het levenseinde*, 2013, 863-864.

⁵⁷³⁰ K. ZALEWSKA, “Introduction To Patient Selection And Allocation Policies (POL200/2.1)”, www.odt.nhs.uk, 14 en 16-17.

⁵⁷³¹ *Colavito v. New York Organ Donor Network Inc.*, 438 F.3d 214 (U.S. CA, 2nd Circ., 2006).

⁵⁷³² In dezelfde zin: T.M. WILKINSON, o.c., *J. Med. Ethics* 2003, (163) 164; J. RADCLIFFE RICHARDS, o.c. in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2008, (382) 386.

⁵⁷³³ Vgl. J. RADCLIFFE RICHARDS, o.c. in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J.V. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2011, (41) 45.

beoordelen welke voorwaarden wel en welke niet aanvaardbaar zijn.⁵⁷³⁴ Toch is er één donatievoorwaarde die zo goed als algemeen aanvaard wordt: gerichte donatie aan een emotioneel gerelateerde ontvanger (m.n. familie of hechte vrienden).⁵⁷³⁵ In dat geval lijkt het risico op aantasting van het publiek vertrouwen onbestaande. Dit kan enigszins worden afgeleid uit de ervaringen met levende donoren.⁵⁷³⁶ Bovendien zal het medisch-utilitaristische bezwaar betreffende het risico op betaalde donatie niet opgaan bij emotioneel gerelateerde donatie, die niet zozeer door winstbejag maar veeleer door affectie zal gemotiveerd zijn.⁵⁷³⁷ Het beperkte overblijvende commercialiteitsrisico zal dan voldoende worden opgevangen door de strafbaarstelling van betaalde donatie.⁵⁷³⁸ Voorts zal er wegens de affectieve band wellicht slechts een beperkt risico op misleiding van de donor zijn, zodat het bezwaar op basis van autonomiebescherming grotendeels wordt weerlegd. Om deze redenen acht ik het beperken van gerichte donatie tot emotioneel gerelateerde ontvangers voorlopig een evenredige oplossing. Verder empirisch onderzoek omtrent de houding van het publiek zal moeten uitwijzen hoe groot het risico op een vertrouwensbreuk in geval van ruimere mogelijkheden tot gerichte donatie zou zijn. Indien dit risico zeer beperkt zou blijken, dan zou het vereiste van een emotionele band met de ontvanger alsnog versoepeld kunnen worden, al dan niet gepaard gaande met publieke sensibilisering.

Concreet leidt deze affectiviteitsvoorwaarde ertoe dat gerichte donatie bv. een oplossing kan bieden wanneer de donor bij leven aan een naaste wou doneren, maar nog vóór de orgaanwegneming plots overlijdt of wanneer hij wegens gezondheidsrisico's wordt afgewezen als levende donor. Ondanks zijn overlijden zou deze donor dankzij gerichte donatie dan nog steeds aan zijn naaste kunnen doneren.⁵⁷³⁹ Dit veronderstelt uiteraard wel dat het anonimiteitsgebod bij orgaanwegneming na overlijden (art. 4bis Orgaantransplantatiewet) wordt beperkt tot gevallen waarin donor en ontvanger geen voorafbestaande emotionele band hebben. Ook het modelformulier voor de registratie van donatieverklaringen zal hieraan moeten worden aangepast.⁵⁷⁴⁰

Deze tussenoplossing komt neer op een vorm van *requested donation* zoals die reeds bestaat in het Engelse allocatiebeleid.⁵⁷⁴¹ Weliswaar moet worden toegegeven dat deze oplossing niet alle

⁵⁷³⁴ A.J. CRONIN *et al.*, o.c. in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2011, (180) 183. Vgl. A.J. MATAS, "Nondirected and Controversial Donors" in R.W.G. GRUESSNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, New York, McGraw-Hill Medical, 2008, (57) 60. Zie specifiek over exclusief doneren aan kinderen: J. NEUBERGER, o.c., *Transplantation* 2008, (1532) 1536.

⁵⁷³⁵ UK HEALTH ADMINISTRATIONS, HTA en NHSBT, "Requested Allocation of a Deceased Donor Organ", 2010, www.dh.gov.uk, nrs. 8, 15 en 19 (familie of vrienden); K. ZALEWSKA, "Introduction To Patient Selection And Allocation Policies (POL200/2.1)", www.odt.nhs.uk, 17 (partner, ouder, kind, groutouders, broer/zus, nicht/neef, stiefouder, halfbroer/-zus, oom/tante, langdurige vriend); Eurotransplant Newsletter nr. 199, www.eurotransplant.org, 13 (enkel familieleden in de eerste graad); Eurotransplant Newsletter nr. 206, www.eurotransplant.org, 7 (enkel mits hechte en persoonlijke relatie die bewezen kan worden); R.J. DEVETTERE, *Practical decision making in health care ethics*, 2000, 533-534; A.K. GLAZIER en S. SASJACK, o.c., *Health Matrix* 2007, (63) 69; A. TIBELL, o.c., *Transplantation* 2008, (1538) 1539; M.L. VOLK en P.A. UBEL, o.c., *Transplantation* 2008, (1542) 1543 en 1544; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 450-452; M.T. HILHORST, "o.c., *J. Med. Ethics* 2008, (484) 485 en 487; J.W. SALOMA, "My Mommy's Kidneys are Sick and She is Dying! Why Internet Solicitation for Transplantation is Unethical" in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2008, (275) 279 en 280-281 (langdurige relaties); A.J. CRONIN *et al.*, o.c. in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2011, (180) 183 en 188.

⁵⁷³⁶ Zie ook *infra* C.2. van deze paragraaf.

⁵⁷³⁷ Vgl. D.W. HANTO, o.c., *N. Eng. J. Med.* 2007, (1062) 1064-1065.

⁵⁷³⁸ Zie ook: C. LEMMENS, *Voorafgaande wilsverklaringen met betrekking tot het levenseinde*, 2013, 126.

⁵⁷³⁹ K. ZALEWSKA, "Introduction To Patient Selection And Allocation Policies (POL200/2.1)", www.odt.nhs.uk, 16; UK HEALTH ADMINISTRATIONS, HTA en NHSBT, "Requested Allocation of a Deceased Donor Organ", 2010, www.dh.gov.uk, nrs. 12-14.

⁵⁷⁴⁰ Vgl. C. LEMMENS, *Voorafgaande wilsverklaringen met betrekking tot het levenseinde*, 2013, 885 en 904.

⁵⁷⁴¹ Zie nogmaals: UK HEALTH ADMINISTRATIONS, HTA en NHSBT, "Requested Allocation of a Deceased Donor Organ", 2010, www.dh.gov.uk; K. ZALEWSKA, "Introduction To Patient Selection And Allocation Policies (POL200/2.1)", www.odt.nhs.uk, 4 en

mogelijke problemen oplost. Zo zou deze gerichte donatie er bv. nog steeds toe kunnen leiden dat het orgaan bij een andere ontvanger een groter medisch nut zou opleveren. Sommige potentiële donoren zouden bovendien de voorgestelde mogelijkheid tot gerichte donatie nog steeds te beperkt kunnen achten en alsnog orgaanwegneming in zijn geheel kunnen weigeren. Om deze resterende probleempunten toch enigszins te verhelpen, is het evenredig om de potentiële donoren, hun naasten en het algemene publiek via informatieverstrekking en sensibilisering zou veel mogelijk aan te sturen op ongerichte donatie.⁵⁷⁴²

C. *De wil van de levende donor*

1190. In tegenstelling tot orgaanwegneming na overlijden is orgaanwegneming bij leven doorgaans het gevolg van een gerichte donatie, en dan meestal een specifieke gerichte donatie aan een emotioneel gerelateerde ontvanger (m.n. een familielid).⁵⁷⁴³ Nochtans is orgaanwegneming bij leven ten behoeve van ontvangers zonder hechte emotionele band juridisch gezien niet uitgesloten. Ook dan zou er sprake kunnen zijn van gerichte donatie. Denk bv. aan *solicited donation* naar aanleiding van een oproep in de media.⁵⁷⁴⁴ Daarnaast kan bv. ook gedacht worden aan een levende donor die een orgaan wenst af te staan aan de wachtlijst, maar bij wijze van algemene gerichte donatie bepaalde in- of exclusievoorwaarden oplegt.⁵⁷⁴⁵ Bijgevolg is het ook voor levende donoren van belang om het huidige Belgische rechtskader betreffende gerichte donatie uiteen te zetten (*infra* 1) en vervolgens de rechtvaardiging van dit rechtskader kritisch te evalueren (*infra* 2).

1. Huidige rechtskader

1191. Zoals bij overleden donoren bestaat er in België geen wetsbepaling die specifiek gerichte donatie bij levende donoren regelt.⁵⁷⁴⁶ Er moet dus wederom worden teruggevallen op de meer algemene regels. Opnieuw wordt de basis gevormd door het fundamentele recht op zelfbepaling (*infra* a), maar zijn er een aantal wetsbepalingen die dit recht inperken (*infra* b).⁵⁷⁴⁷

a. Het zelfbepalingsrecht

1192. Zoals al in Deel IV uitvoerig werd besproken, kan ieder persoon op basis van zijn zelfbepalingsrecht tijdens zijn leven beslissen over de fysieke aantasting van zijn lichaam, inclusief de wegneming van organen. Dit zelfbepalingsrecht is gebaseerd op het respect voor de persoonlijke autonomie van de donor.⁵⁷⁴⁸ *In casu* kan een gerichte donatie worden beschouwd als een autonome beslissing van de donor met betrekking tot zijn fysieke integriteit. Bijgevolg omvat het zelfbepalingsrecht in principe ook een recht op gerichte donatie. Logischerwijze beschermt het zelfbepalingsrecht wel enkel de werkelijke wil van de donor. Dit

14 e.v. Maar zie: A.J. CRONIN en J.F. DOUGLAS, *o.c.*, *Med. L. Rev.* 2010, (275) 276, 282-285, 288-290, 292-294 en 300-301, die erop wijst dat de Engelse wet geen enkele vorm van gerichte donatie verbiedt.

⁵⁷⁴² In dezelfde zin: J. NEUBERGER, *o.c.*, *Transplantation* 2008, (1532) 1535; A. TIBELL, *o.c.*, *Transplantation* 2008, (1538) 1539; A.J. CRONIN *et al.*, *o.c.* in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2011, (180) 188.

⁵⁷⁴³ Cf. *supra* Deel IV, Hoofdstuk I, Afd. 1.

⁵⁷⁴⁴ Zie bv. *supra* Deel IV, Hoofdstuk III, Afd. 3, § 2, C.2.b.

⁵⁷⁴⁵ Zie reeds *supra* A van deze paragraaf.

⁵⁷⁴⁶ Zie daarentegen: 42 C.F.R. §121.8(h) (V.S.A.); art. 3, lid 1 *in fine* WOD (Nederland).

⁵⁷⁴⁷ Vgl. *supra* B van deze paragraaf.

⁵⁷⁴⁸ Zie met name *supra* Deel IV, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, C.

wil onder meer zeggen dat de gerichte donatie duidelijk moet zijn en geïnformeerd tot stand moet zijn gekomen.⁵⁷⁴⁹

Net zoals bij gerichte donatie in de context van orgaanwegname na overlijden betekent dit concreet dat de orgaanwegname ofwel moet plaatsvinden mét respect voor de ontvangerkeuze conform de gerichte donatie, ofwel geheel niet plaatsvindt (tenzij bij een loutere *requested donation*). Indien het orgaan dan toch zou worden weggenomen zonder bij de daaropvolgende transplantatie de ontvangerkeuze te respecteren, dan wordt het zelfbepalingsrecht geschonden.⁵⁷⁵⁰ Dit zou dan meer bepaald kunnen worden gekwalificeerd als een orgaanwegname in strijd met het toestemmingsvereiste van artikel 5, lid 1 of artikel 7, § 2 Orgaantransplantatiewet. Een gerichte donatie impliceert immers dat de donor enkel heeft toegestemd tot orgaanwegname ten behoeve van de aangeduide (groep van) ontvanger(s). Bijgevolg zou de orgaanwegname dan overeenkomstig artikelen 5 en 7 *iuncto* artikel 17, § 3, lid 1 Orgaantransplantatiewet tot strafbaarstelling kunnen leiden. Zelfs los van deze strafbaarstelling zou de schending van het zelfbepalingsrecht bovendien tot burgerrechtelijke aansprakelijkheid kunnen leiden. Hiervoor kan *mutatis mutandis* worden verwezen naar wat in verband met overleden donoren werd gezegd.⁵⁷⁵¹

b. Inperking van het zelfbepalingsrecht

1193. Zoals bij orgaanwegname na overlijden kan ook nu op basis van onder meer artikel 8, § 2 EVRM het zelfbepalingsrecht worden beperkt bij ‘wet’. Dezelfde wettelijke normen als bij overleden donoren moeten hier in acht worden genomen. Alleen zullen ze niet helemaal tot dezelfde uitkomst leiden.

1) *Evenredigheid van fysieke aantastingen*

1194. Net zoals bij orgaanwegname na overlijden zal ook nu het evenredigheidsvereiste in het raam van artikel 369 e.v. Sw. leiden tot een beperking van het recht op gerichte donatie. Voor orgaanwegname bij leven gelden daarenboven nog een aantal bijzondere evenredigheidsbeperkingen. Zo zal gerichte donatie ten aanzien van een ontvanger zonder hechte emotionele band vaak moeilijker te verantwoorden zijn, aangezien er wegens een gebrek aan psychosociale baten voor de donor dan sneller sprake zou kunnen zijn van een onaanvaardbaar gezondheidsrisico in de zin van artikel 3, § 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet.⁵⁷⁵² Dit zal telkens zorgvuldig moeten worden beoordeeld bij multidisciplinair overleg (art. 8bis Orgaantransplantatiewet).⁵⁷⁵³ Verder impliceert artikel 6 Orgaantransplantatiewet dat gerichte donatie doorgaans slechts mogelijk is ten behoeve van een ontvanger die in levensgevaar verkeert en die niet even bevredigend kan worden geholpen met een overleden donor.⁵⁷⁵⁴ Uit artikel 7, § 1 Orgaantransplantatiewet volgt ten slotte dat gerichte donatie door een minderjarige zelfs enkel ten behoeve van een broer of zus mogelijk is.⁵⁷⁵⁵

⁵⁷⁴⁹ Vgl. *supra* B van deze paragraaf.

⁵⁷⁵⁰ Vgl. *supra* B.1.b. van deze paragraaf.

⁵⁷⁵¹ Vgl. *supra* B.1.b. van deze paragraaf.

⁵⁷⁵² Zie hierover *supra* Deel IV, Hoofdstuk IV, Afd. 1, § 2, B.

⁵⁷⁵³ Zie met name *supra* Deel IV, Hoofdstuk IV, Afd. 3.

⁵⁷⁵⁴ Zie ook: *Vr. en Antw.* Senaat 2006-07, 8 mei 2006, Vr. nr. 3-5034 ANSEEUW. Het levensgevaarcriterium en het subsidiariteitscriterium gelden wanneer de wegneming bij levenden ernstige gevolgen kan hebben voor de donor of wanneer zij betrekking heeft op niet-regeneerbare organen. Dit zal doorgaans wel het geval zijn. Zie uitvoerig *supra* Deel IV, Hoofdstuk IV, Afd. 2, § 3.

⁵⁷⁵⁵ Zie hierover *supra* Deel IV, Hoofdstuk V, Afd. 1, § 2, D.

2) *Het verbod op betaalde donatie*

1195. Zoals bij orgaanwegname na overlijden zal het verbod op betaalde donatie (art. 4, § 1 Orgaantransplantatiewet) ook hier het recht op gericht donatie beperken. Specifiek voor orgaanwegname bij leven wordt dit nog eens bevestigd door artikel 9, lid 3 Orgaantransplantatiewet, dat enkel donaties met een niet te betwijfelen altruïstisch doel toelaat. Zoals al gezegd, zal deze regel in de praktijk vooral beperkend werken ten aanzien van *solicited donation*, aangezien hier winstbejag eerder een risico zal zijn dan bij donatie aan emotioneel gerelateerde ontvangers. Het risico op niet-altruïstische gerichte donatie zal telkens zorgvuldig moeten worden beoordeeld bij multidisciplinair overleg (art. 8bis Orgaantransplantatiewet).⁵⁷⁵⁶

3) *Het anonimiteitsgebod*

1196. Volgens artikel 4bis Orgaantransplantatiewet mag de identiteit van de donor en de ontvanger in het kader van een wegneming bij een levende persoon niet worden meegedeeld, behalve indien de donor en de ontvanger elkaars identiteit reeds kennen.⁵⁷⁵⁷ Anders dan bij orgaanwegname na overlijden zal het anonimiteitsgebod hier dus wel nog aanzienlijke ruimte laten voor specifieke gerichte donatie. Deze marge werd voornamelijk voorzien voor donatie aan de emotioneel gerelateerde ontvanger, maar bestaat in theorie ook voor bv. *solicited donation*. Voor algemene gerichte donatie zal het anonimiteitsgebod daarentegen nog wel een *de facto* beletsel kunnen vormen, aangezien de donor maar echt kan controleren of de ontvanger tot de gespecificeerde groep behoort indien hij ook de identiteit kent.

4) *De wettelijke allocatieregeling*

1197. Ten aanzien van overleden donoren werd eerder uit de wettelijke bevoegdheid van Eurotransplant voor orgaanuitwisseling en uit het bestaan van wettelijke allocatiecriteria (art. 13bis, § 1, lid 1 en § 2 Orgaantransplantatiewet) afgeleid dat gerichte donatie in principe niet mogelijk is. Het is echter niet geheel duidelijk of dit ook ten aanzien van levende donoren geldt. Aanvankelijk kon uit de plaatsing van artikel 13bis onder Hoofdstuk III van de wet ('Wegneming na overlijden') logischerwijze worden afgeleid dat dit artikel enkel van toepassing was op de allocatie van organen van overledenen.⁵⁷⁵⁸ Sinds de wetswijzing van 3 juli 2012 staat deze bepaling echter onder een apart hoofdstuk (Hoofdstuk III/1) zonder dat hierbij enig onderscheid tussen levende en overleden donoren wordt gemaakt. Volgens een letterlijke lezing van de wet lijkt artikel 13bis dus evengoed van toepassing te zijn op levende donoren.⁵⁷⁵⁹ Dit zou dan zoals bij overleden donoren betekenen dat de transplantatiecentra geen enkele vorm van gerichte donatie mogen inwilligen.

Volgens een teleologische lezing van de wet dringt zich echter een ander besluit op. Nooit heeft de wetgever immers de bedoeling geuit om orgaanwegname bij leven enkel nog in geval van ongerichte donatie toe te laten. De verplaatsing van artikel 13bis was enkel bedoeld om "een betere leesbaarheid" te verwezenlijken.⁵⁷⁶⁰ Uit artikel 4bis Orgaantransplantatiewet

⁵⁷⁵⁶ Zie met name *supra* Deel IV, Hoofdstuk III, Afd. 9.

⁵⁷⁵⁷ Zie voor een uitgebreidere bespreking *supra* Deel III, Hoofdstuk I, Afd. 2, § 3, E.1.

⁵⁷⁵⁸ GwH 24 april 2008, *T. Gez.* 2008-09, 137 139 en 142, noot A.V. Zie ook al *supra* Afd. 2, § 1 van dit Hoofdstuk.

⁵⁷⁵⁹ Artikel 13bis Orgaantransplantatiewet is meer bepaald van toepassing op de 'orgaanuitwisseling'. Deze term is voldoende ruim om iedere vorm van orgaandonatie te omvatten.

⁵⁷⁶⁰ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2011-12, nr. 53-2158/1, 34.

kan verder worden afgeleid dat het juist wél de bedoeling is om *specifieke* gerichte donatie aan een bekende toe te laten. Waarom zou artikel 4*bis* anders uitdrukkelijk voorzien in een uitzondering op het anonimiteitsgebod voor wanneer de levende donor en de ontvanger elkaar reeds kennen? Een en ander volgt ook duidelijk uit de memorie van toelichting bij artikel 4*bis* Orgaantransplantatiewet. Anders zou de meest voorkomende vorm van levende donatie, nl. de familiedonatie,⁵⁷⁶¹ plots niet meer mogelijk zijn. Dit impliceert vanzelfsprekend een daling van het orgaanaanbod, wat niet zou passen binnen de eerdere beleidsverklaringen van de wetgever.⁵⁷⁶² De mogelijkheid van specifieke gerichte donatie strookt ten slotte ook met de huidige werkingssfeer van Eurotransplant, dat zich onbevoegd acht voor allocatie in geval van levende donoren en hiervoor dus geen specifiek allocatiesysteem aanbiedt.⁵⁷⁶³ De wetgever moet dit ongetwijfeld geweten hebben.

Bijgevolg moet m.i. krachtens artikel 4*bis* *iuncto* artikel 13*bis* Orgaantransplantatiewet worden aangenomen dat enkel de *algemene* gerichte donatie in geval van orgaanwegname bij leven is uitgesloten. Dit wil m.a.w. zeggen dat de transplantatiecentra naast specifieke gerichte donaties enkel ongerichte donaties van levende donoren mogen inwilligen. Niettemin biedt het huidige rechtskader onvoldoende rechtszekerheid. Een wettelijke verduidelijking omtrent het belang van artikel 13*bis*, § 1, lid 1 en § 2 Orgaantransplantatiewet voor levende donoren is wenselijk.

2. De rechtvaardigingstoets

1198. Uit het voorgaande volgt dat het huidige rechtskader, anders dan bij orgaanwegname na overlijden, vrij veel ruimte laat voor gerichte donatie, maar dan vrijwel enkel voor specifieke gerichte donatie. Aangezien de gerichte donatie tot een ongelijke behandeling van kandidaat-ontvangers op basis van de wil van de donor leidt, zal dit rechtskader getoetst kunnen worden aan artikel 14 EVRM (en art. 10-11 GW). Voor zover gerichte donatie wordt verboden zal er ook een inperking van het zelfbepalingsrecht van de donor zijn, zodat getoetst kan worden aan artikel 8, § 2 EVRM. Zoals bij orgaanwegname na overlijden zal dus telkens onderzocht moeten worden of het rechtskader een legitiem doel dient en een evenredige oplossing is om dit doel te bereiken. Wederom zal eerst aan de hand van de drie basisprincipes van ontvangersselectie (billijkheid, utiliteit en autonomie)⁵⁷⁶⁴ worden onderzocht in hoeverre er een legitiem doel wordt gediend (*infra* a), om vervolgens een evenredige oplossing te identificeren (*infra* b).

a. Toetsing aan de basisprincipes van ontvangersselectie

1199. Met betrekking tot het principe van *billijkheid* kan gerichte donatie dezelfde bezwaren opleveren als bij gerichte donatie in geval van orgaanwegname na overlijden. In het bijzonder wordt bij levende donoren vooral *solicited donation* als een probleempunt ervaren. De kritiek luidt dat donorsolicitatie resulteert in een populariteitswedstrijd, waarbij de kandidaat-ontvangers met de meeste middelen, de meest vlotte tong en het meest fotogenieke uiterlijk het

⁵⁷⁶¹ *Supra* Deel IV, Hoofdstuk I, Afd. 1.

⁵⁷⁶² *Cf. supra* Deel IV, Hoofdstuk II, Afd. 1.

⁵⁷⁶³ *Zie supra* Afd. 2, § 1, B van dit Hoofdstuk.

⁵⁷⁶⁴ *Zie supra* Afd. 1, § 2, A van dit Hoofdstuk.

gemakkelijkst potentiële donoren kunnen overtuigen.⁵⁷⁶⁵ Degenen met de meeste maatschappelijke kansen zullen met andere woorden ook de grootste kans op transplantatie hebben. Zoals gezegd, vereist het billijkheidsprincipe daarentegen dat de patiënten met de minste kansen alsnog gelijkwaardige kansen worden geboden. De billijkheid vormt bijgevolg opnieuw een argument *contra* gerichte donatie, in het bijzonder *solicited* donatie.

1200. Zoals gezegd behelst het principe van utiliteit zowel de medische als de sociale utiliteit. Met betrekking tot het principe van medische utiliteit gelden wederom dezelfde bezwaren als bij overleden donoren. In het bijzonder moet hierbij herinnerd worden aan het kwaliteits- en veiligheidsrisico ten gevolge van donatie tegen betaling, waarvoor met name de praktijk van *solicited donation* een voedingsbodem zal vormen.⁵⁷⁶⁶ De medische utiliteit zal dus vooral een argument *contra* gerichte donatie uitmaken.

Met betrekking tot het principe van *sociale utiliteit* draait de discussie hier opnieuw hoofdzakelijk om de invloed op het orgaanaanbod. Een volledig verbod op gerichte donatie zou zonder twijfel een negatieve impact hebben op het orgaanaanbod.⁵⁷⁶⁷ Vaak zal de levende donor immers slechts doneren aan iemand waarmee hij een emotionele band heeft, doorgaans een familielid. Zonder die band zal de donor de fysieke aantasting ten gevolge van orgaanwegname normaal als een te groot risico beschouwen. Het zal in dat geval ook moeilijk zijn om een psychosociaal voordeel voor de donor aan te tonen, en zonder dit voordeel zal de wegneming in principe ongeoorloofd zijn wegens onevenredigheid. Toch is het niet uitgesloten dat de levende donor ook zonder emotionele relatie een psychosociaal voordeel ondervindt.⁵⁷⁶⁸ Welnu, zelfs in de zeldzame gevallen van gerichte donatie aan een (groep van) emotioneel ongerelateerde ontvangers zal er een niet te verwaarlozen toename in het orgaanaanbod zijn. Niet enkel zal (één van) de gekozen ontvanger(s) immers getransplanteerd kunnen worden, maar doordat hij van de wachtlijst verdwijnt, groeit de kans voor de andere kandidaat-ontvangers op de wachtlijst om tijdig een orgaan te krijgen.⁵⁷⁶⁹ In die zin vormt het sociaal-utilitaristisch argument hier een argument *pro* gerichte donatie. Critici stellen daarentegen dat met name *solicited donation* het publieke vertrouwen in het hele transplantatiesysteem zou kunnen aantasten.⁵⁷⁷⁰ Dit zou de donatiebereidheid en dus het orgaanaanbod doen dalen. Hetzelfde zou gevreesd kunnen worden bij algemene gerichte donatie onder moreel verwerpelijke donatievoorwaarden. Voorlopig werd over het risico op dergelijke

⁵⁷⁶⁵ In die zin: R.H. BLANK, *Rationing Medicine*, 1988, 48 en 97-99; G. ANNAS, S. LAW, R. ROSENBLATT en K. WING, *American Health Law*, Boston, Little, Brown and Company, 1990, 899; M.D. FOX, "Organ Solicitation on the Internet: Every Man for Himself. Commentary", *Hastings Center Report* 2005, 15; D. STEINBERG, o.c., *Ann. Intern. Med.* 2006, (197) 200; A. TIBELL, o.c., *Transplantation* 2008, (1538) 1539; J.-G. HENTZ, "Par-delà le triptyque gratuité, anonymat et consentement présumé dans les dons d'organes" in M.-J. THIEL (ed.), *Donner, recevoir un organe*, 2009, (334) 340-341; J.W. SALOMA, o.c. in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2008, (275) 278-280; M.L. VOLK en P.A. UBEL, o.c., *Transplantation* 2008, (1542) 1543; E.M. NEIDICH et al., "The Ethical Complexities of Online Organ Solicitation via Donor-Patient Websites: Avoiding the 'Beauty Contest'", *Am. J. Transpl.* 2012, vol. 12, (43) 43-44; C. ROBERTSON, o.c., *J. L. Med. & Ethics* 2005, (170) 172; N. MAMODE et al., "Anonymity and Live-Donor Transplantation: An ELPAT View", *Transplantation* 2013, (536) 539.

⁵⁷⁶⁶ Zie reeds *supra* Deel IV, Hoofdstuk III, Afd. 4, § 2, C.2.b. en A. CHANG et al., "Identifying potential kidney donors using social networking web sites", *Clin. Transplant* 2013, (E320) E325.

⁵⁷⁶⁷ Zie ook: R.J. DEVETTERE, *Practical decision making in health care ethics*, 2000, 532; M.T. MORLEY, "Increasing the supply of organs for transplantation through paired organ exchanges", *Yale L. & Pol'y Rev.* 2003, (221) 254; C. ROBERTSON, o.c., *J. L. Med. & Ethics* 2005, (170) 172; D. STEINBERG, o.c., *Ann. Intern. Med.* 2006, (197) 201; A.K. GLAZIER en S. SASJACK, o.c., *Health Matrix* 2007, (63) 71-72; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 450. Zie evenwel: D.W. HANTO, o.c., *N. Eng. J. Med.* 2007, (360) 1065, die erop wijst dat *solicited donation* kan leiden tot een netto-daling van levende donoren, doordat men minder snel familieleden zal lastigvallen indien donatie ook via een vreemde kan.

⁵⁷⁶⁸ Zie *supra* Deel IV, Hoofdstuk IV, Afd. 1, § 2, B.

⁵⁷⁶⁹ A.K. GLAZIER en S. SASJACK, o.c., *Health Matrix* 2007, (63) 71-72.

⁵⁷⁷⁰ J.M. APPEL, o.c., *Hastings Center Report* 2005, (14) 15; R. POLLAK, "Cadaver Donors are the Best Solution to the Organ Shortage", *DePaul L. Rev.* 2006, (897) 900.

vertrouwensbreuk echter nog geen duidelijk empirisch bewijs gevonden. Bovendien zou donorsolicitatie door wanhopige ontvangers het orgaantekort onder de aandacht kunnen brengen en bij wijze van sensibilisering juist tot een grotere donatiebereidheid kunnen leiden.⁵⁷⁷¹ Niettemin kan een aantasting van het publiek vertrouwen niet geheel worden uitgesloten. Dit zwakt op zijn minst het eerdere sociaal-utilitaristische argument *pro* gerichte donatie af ten aanzien van *solicited donation* en algemene gerichte donatie onder moreel verwerpelijke voorwaarden.

1201. Het principe van autonomie pleit ten slotte vanzelfsprekend *pro* gerichte donatie.⁵⁷⁷² Nochtans wordt door critici gewezen op het risico dat de donor zich bij *solicited donation* laat misleiden en daardoor dus doneert op basis van een verkeerde voorstelling van de werkelijkheid.⁵⁷⁷³ Hierdoor dreigt de werkelijke wil van de donor miskend te worden. Net zoals bij overleden donoren zou het autonomiebeginsel vanuit het perspectief van autonomiebescherming dus ook als een argument *contra* gerichte donatie kunnen worden aangevoerd.

b. Voorstel tot een meer evenredige regelgeving

1202. Uit het voorgaande blijkt net zoals bij gerichte donatie door overleden donoren dat gerichte donatie door een levende donor op verschillende manieren kan conflicteren met de ethische basisprincipes van ontvangerselectie. Weliswaar veronderstelt een evenredige oplossing hier m.i. een beduidend minder verre gaande inperking van het zelfbepalingsrecht dan bij overleden donoren.

1203. Allereerst staat buiten kijf dat de mogelijkheid tot *gerichte donatie aan een emotioneel gerelateerde ontvanger*, en dan in het bijzonder aan familieleden, moet blijven bestaan. Conform artikel 8, § 1 EVRM moet autonomie als uitgangspunt gelden. Nog meer dan bij overleden donoren moet deze autonomie van groot belang worden geacht. In tegenstelling tot overleden donoren zal een levende donor een aantasting van zijn gezondheid ondergaan, zodat het des te belangrijker is om zijn wensen te respecteren en zo de psychosociale baten voor hem te maximaliseren.⁵⁷⁷⁴ Bovendien strookt de mogelijkheid tot gerichte donatie ook duidelijk met het principe van sociale utiliteit, aangezien dit het orgaanaanbod doet toenemen. De mogelijke bezwaren wegen m.i. niet op tegen de gewichtige belangen van autonomie en sociale utiliteit.

Vanuit het billijkheidsprincipe zou met name bekritiseerd kunnen worden dat gerichte donatie de noden van de meer urgente patiënten kan miskennen. Hiertegen moet worden opgeworpen dat levende donatie in het huidige rechtskader doorgaans slechts kan ten behoeve van ontvangers in levensgevaar (art. 6 Orgaantransplantatiewet), zodat het urgentiebezwaar toch enigszins tegemoet wordt gekomen. Maar zelfs zonder dit levensgevaarcriterium⁵⁷⁷⁵ zijn de belangen van autonomie en sociale utiliteit m.i. voldoende sterk om hier voorrang te krijgen.

⁵⁷⁷¹ Vgl. J.M. APPEL, o.c., *Hastings Center Report* 2005, (14) 14-15; D.W. HANTO, o.c., *N. Eng. J. Med.* 2007, (1062) 1063-1064; A. TIBELL, o.c., *Transplantation* 2008, (1538) 1539.

⁵⁷⁷² Vgl. D. STEINBERG, o.c., *Ann. Intern. Med.* 2006, (197) 200; D.W. HANTO, o.c., *N. Eng. J. Med.* 2007, (1062) 1062-1063; L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe*, 2013, 190-191; C. ROBERTSON, o.c., *J. L. Med. & Ethics* 2005, (170) 172 ('liberty interest').

⁵⁷⁷³ D.W. HANTO, o.c., *N. Eng. J. Med.* 2007, (1062) 1064; J.W. SALOMA, o.c. in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2008, (275) 278; A. CHANG et al., o.c., *Clin. Transplant* 2013, (E320) E325.

⁵⁷⁷⁴ Vgl. A.K. GLAZIER en S. SASJACK, o.c., *Health Matrix* 2007, (63) 72.

⁵⁷⁷⁵ Zie immers *supra* over het voorstel tot wijziging van dit criterium: Deel IV, Hoofdstuk IV, Afd. 2, § 3, A.4.

Vanuit het principe van medische utiliteit kan voorts worden opgeworpen dat het gedoneerde orgaan bij andere ontvangers tot grotere succeschansen zou kunnen leiden dan de gekozen ontvanger. Hieraan kan voldoende tegemoet worden gekomen door een evenredig gezondheidsvoordeel voor de gekozen ontvanger te vereisen. Dit vereiste bestaat in het huidige rechtskader reeds.⁵⁷⁷⁶ Dit alles leidt tot het besluit dat de mogelijkheid tot gerichte donatie aan een emotioneel gerelateerde ontvanger een evenredige oplossing is. Wat dit betreft, is dan ook geen wetswijziging vereist. Ook buiten België werd overigens geen rechtstelsel gevonden dat levende donatie toelaat maar daarbij gerichte donatie aan emotioneel gerelateerden uitsluit.

1204. Ten aanzien van *solicited donation* zijn de tegenargumenten duidelijk gewichtiger. Niettemin is m.i. ook voor deze vorm van gerichte donatie een absoluut verbod (voorlopig) onevenredig. Hiervoor kan opnieuw worden gesteund op het grote belang van autonomie en van sociale utiliteit via toename van het orgaanaanbod.⁵⁷⁷⁷ Daartegenover staan de belangen van billijkheid en medische utiliteit. Deze belangen brengen voor *solicited donation* dezelfde bezwaren als voor gerichte donatie in het algemeen mee. Hiervoor kan worden verwezen naar de tegenargumenten in het vorige randnummer. Daarnaast brengen de belangen van billijkheid en medische utiliteit ook een aantal bezwaren mee die specifiek ten aanzien van *solicited donation* gelden. Hiervoor bestaan er eveneens tegenargumenten die maken dat de belangen van autonomie en van sociale utiliteit (via toename van het orgaanaanbod) voorrang moeten krijgen. Met betrekking tot de billijkheid werd bij *solicited donation* meer bepaald gevreesd voor een populariteitswedstrijd waarbij ongelijke kansen op genezing zouden ontstaan. Deze bezorgdheid moet genuanceerd worden. Tegenwoordig is het niet zo moeilijk voor kandidaat-ontvangers om een oproep tot donatie te doen. Sociale netwerksites (bv. Facebook) vormen hiertoe een ruim beschikbaar en laagdrempelig middel. De kansen zijn dus niet zo ongelijk als op het eerste gezicht lijkt. Er kan zelfs geargumenteed worden dat het solliciteren van donoren juist resulteert in meer gelijkheid van kansen. De kandidaat-ontvangers die immers niet het geluk hebben om binnen de familie een levende donor te vinden, kunnen dit via *solicited donation* compenseren. Met betrekking tot de medische utiliteit rijst er in het bijzonder een risico op betaalde donatie. Eerder werd echter al uitvoerig uiteengezet dat het in plaats van een verbod op *solicited donation* evenrediger is om dit risico op te vangen via een grondige psychosociale screening, zoals dat nu reeds in het huidige rechtskader is voorzien.⁵⁷⁷⁸

Hoewel hoofdzakelijk wordt gesteund op de belangen van de autonomie en de sociale utiliteit, moet evenwel erkend worden dat ook deze belangen in geval van *solicited donation* onder vuur komen te liggen. Met betrekking tot de autonomie van de donor werd gewezen op het gevaar van misleiding van de donor. Dit bezwaar wordt echter voldoende opgevangen door de verschillende maatregelen van *donor advocacy* vervat in het huidige rechtskader.⁵⁷⁷⁹ Met betrekking tot de sociale utiliteit zou *solicited donation* dan weer aanleiding kunnen geven tot een daling van de donatiebereidheid wegens aantasting van het publieke vertrouwen. Dit risico mag niet compleet genegeerd worden. Tot nu toe lijkt dit risico echter onvoldoende om een absoluut verbod op *solicited donation* te kunnen verantwoorden. Dit zou eerst meer empirisch bewijs over de huidige publieke houding vereisen. Voorlopig is het m.i. dan ook evenrediger

⁵⁷⁷⁶ Zie *supra* Afd. 2, § 3, B van dit Hoofdstuk.

⁵⁷⁷⁷ Zie ook: A.K. GLAZIER en S. SASJACK, o.c., *Health Matrix* 2007, (63) 72-73.

⁵⁷⁷⁸ Zie *supra* Deel IV, Hoofdstuk III, Afd. 4, § 2, C.2.b. en Afd. 9.

⁵⁷⁷⁹ Zie *supra* Deel IV, Hoofdstuk III, Afd. 9.

om het publieke vertrouwen te onderhouden door de eerder vermelde baten van *solicited donation* voor kandidaat-ontvangers en de eerder vermelde waarborgen te benadrukken.

Dit alles leidt m.i. tot het besluit dat het toelaten van *solicited donation* eveneens een evenredige oplossing is. Aangezien het huidige rechtskader geen absoluut verbod op dit type van gerichte donatie bevat, hoeft de wet dus (voorlopig) niet te worden gewijzigd. Dit besluit mag voor alle duidelijkheid echter niet worden geïnterpreteerd als een oproep tot actieve aanmoediging van *solicited donation*.⁵⁷⁸⁰ Het strookt met de evenredigheid om levende donoren die zich bij een transplantatiecentrum aanmelden met de oprechte altruïstische wens om buiten familieverband te doneren, toch nog zo veel mogelijk te sensibiliseren voor ongerichte donatie,⁵⁷⁸¹ aangezien dit tot nog minder ethische problemen zal leiden dan *solicited donation*.

1205. Hoewel algemene gerichte donatie door een levende donor wellicht maar zelden zal voorkomen, mag dit type donatie m.i. evenmin absoluut verboden worden.⁵⁷⁸² Hiervoor kan *mutatis mutandis* gesteund worden op dezelfde overwegingen van autonomie en sociale utiliteit, zoals die ten aanzien van gerichte donatie aan emotioneel gerelateerde ontvangers al werden gemaakt. Echter, een specifiek punt van kritiek zou kunnen zijn dat de inwilliging van bepaalde, moreel verwerpelijke donatievoorwaarden tot aantasting van het publieke vertrouwen kunnen leiden. Zoals bij *solicited donation* lijkt het bij gebrek aan duidelijk empirisch bewijs hierover voorlopig onevenredig om louter op basis van dit risico de autonomie van de donor en het voordeel van een toename van het orgaanaanbod te moeten miskennen.

Aangezien het huidige rechtskader de algemene gerichte donatie door een levende donor lijkt te verbieden, zal een wetswijziging hier op zijn plaats zijn. Dit veronderstelt concreet een aanpassing van artikel 13*bis* Orgaantransplantatiewet, zodanig dat deze bepaling niet meer van toepassing is op deze vorm van gerichte donatie. Dit sluit alvast aan bij de eerdere oproep tot wettelijke verduidelijking.⁵⁷⁸³ Het anonimiteitsgebod uit artikel 4*bis* Orgaantransplantatiewet moet voor algemene gerichte donatie evenwel behouden blijven. Anders stijgt het risico op commercialiteit, wat de evenredigheid van het toelaten van algemene ongerichte donatie bij leven alsnog zou ondermijnen. Dit wil zeggen dat een levende donor niet zelf zou kunnen controleren of de donatievoorwaarde vervuld werd en dus genoeg zou moeten nemen met de verklaringen van het transplantatiecentrum.

§ 4. LIST-PAIRED EXCHANGE

1206. Zoals gezegd, kan het gebeuren dat een kandidaat-ontvanger een bereidwillige levende donor vindt, maar deze niet compatibel blijkt te zijn. De meest gekende oplossing is dan een *cross-over* donatie, waarbij de levende donor zijn orgaan afstaat aan de kandidaat-ontvanger van een ander incompatibel donor-ontvangerpaar in ruil voor een orgaan vanwege de levende donor uit dit andere paar ten behoeve van de ‘eigen’ kandidaat-ontvanger.⁵⁷⁸⁴ *Cross-over* donatie zal echter vaak geen oplossing bieden voor donor-ontvangerparen waarbij de incompatibiliteit te wijten is aan het feit dat de ontvanger bloedgroep O heeft. Een O-ontvanger is incompatibel met alle andere bloedgroepen (A, B en AB) en zal dus enkel een orgaan van

⁵⁷⁸⁰ Anders: A.K. GLAZIER en S. SASJACK, *o.c.*, *Health Matrix* 2007, (63) 72-73.

⁵⁷⁸¹ Vgl. ACOT Recommendation 46, www.organdonor.gov; D. STEINBERG, *o.c.*, *Ann. Intern. Med.* 2006, (197) 201-202.

⁵⁷⁸² Zie ook: A.J. CRONIN, “Allocation of Non-Directed Living-Donor Organs” in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2011, (396) 403. *Contra*: BRITISH TRANSPLANTATION SOCIETY, “Guidelines for Directed Altruistic Organ Donation”, 2014, www.bts.org.uk.

⁵⁷⁸³ Zie *supra* Afd. 2, § 1, B van dit Hoofdstuk.

⁵⁷⁸⁴ Zie *supra* Deel IV, Hoofdstuk I, Afd. 3.

een O-donor kunnen ontvangen. Het probleem is nu dat levende O-donoren zeldzaam zijn. Een levende O-donor zal aan eender welke andere bloedgroep kunnen doneren ('universele donor'), zodat die doorgaans niet aan het *cross-over* programma hoeft mee te doen.⁵⁷⁸⁵ Om de O-ontvanger toch nog aan een levende O-donor te helpen, zijn er twee oplossingen denkbaar. De ene oplossing is een 'ongebalanceerde' *cross-over* donatie, die hier niet verder wordt besproken.⁵⁷⁸⁶ De andere oplossing betreft de *list-paired exchange*. Hierbij laat de O-ontvanger zijn levende donor (met doorgaans bloedgroep A, B of AB) doneren aan de eerstvolgende A-, B- of AB-ontvanger op de wachtlijst in ruil voor voorrang aan de O-ontvanger (bv. via *high urgency*-status) ten aanzien van het eerstvolgende O-orgaan dat aan de wachtlijst wordt gedoneerd.⁵⁷⁸⁷ Vandaar dus ook de term 'ruilen met de wachtlijst'. Het 'aanbrengen van een levende A-, B- of AB-donor' zal zo als allocatiecriterium fungeren.⁵⁷⁸⁸

List-paired exchange werd al in de Verenigde Staten gerapporteerd,⁵⁷⁸⁹ maar voorlopig nog niet in België of de andere Eurotransplantlanden. De vraag rijst nu of dit in België juridisch mogelijk zou zijn. Artikel 13bis, § 2 Orgaantransplantatiewet laat alvast de ruimte aan Eurotransplant om tot op zekere hoogte ook andere allocatiecriteria dan de wettelijke minimumcriteria te hanteren.⁵⁷⁹⁰ Bovendien kan voorrang op de wachtlijst in ruil voor donatie niet als een betaling worden beschouwd, zodat het verbod op betaalde donatie uit artikel 4, § 1 Orgaantransplantatiewet niet wordt geschonden.⁵⁷⁹¹ Daarbij zal normaal ook de altruïsmevoorwaarde van artikel 9, lid 3 Orgaantransplantatiewet vervuld zijn, aangezien bezwaarlijk kan worden aangenomen dat een levende donor enkel en alleen zou doneren met het oog op een eventuele voorrang op de wachtlijst, ongeacht het gezondheidsbelang van de ontvanger.⁵⁷⁹² De Orgaantransplantatiewet lijkt m.a.w. wederkerigheid via *list-paired exchange* niet noodzakelijk uit te sluiten, maar laat ze evenmin uitdrukkelijk toe. Of het aanbrengen van een levende A-, B- of AB-donor uiteindelijk een geoorloofd voorrangscriterium is, zal dan ook bepaald moeten worden aan de hand van de rechtvaardigingstoets van het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel, waarbij de principes van billijkheid, (medische en sociale) utiliteit en autonomie richtinggevend zullen zijn.⁵⁷⁹³

1207. Wat betreft het *billijkheidsprincipe* is, zoals gezegd, vereist dat de patiënten die de minste kansen hebben en dus het slechtste af zijn, gecompenseerd moeten worden door hen gelijke kansen te waarborgen. Het probleem is nu dat *list-paired exchange* vooral organen met bloedgroep O, die door een overleden donor (ongericht) werden gedoneerd aan de wachtlijst, zal onttrekken aan die wachtlijst. Hierdoor zullen voornamelijk de kandidaat-ontvangers met bloedgroep O die op de wachtlijst staan en zelf geen levende donor kunnen aanbrengen, benadeeld worden doordat ze extra lang zullen moeten wachten, terwijl zij sowieso al benadeeld zijn wegens de zeldzaamheid van O-donoren. *List-paired exchange* zou aldus patiënten met

⁵⁷⁸⁵ GEZONDHEIDSRAAD, *Ruilen met de wachtlijst: een aanvulling op het programma voor nierdonatie-bij-leven?*, Den Haag, Gezondheidsraad, 2007, nr. 2007/11, 30.

⁵⁷⁸⁶ Zie *supra* Deel IV, Hoofdstuk I, Afd. 3.

⁵⁷⁸⁷ GEZONDHEIDSRAAD, *Ruilen met de wachtlijst*, 2007, nr. 2007/11, 23-24.

⁵⁷⁸⁸ Vgl. GEZONDHEIDSRAAD, *Ruilen met de wachtlijst*, 2007, nr. 2007/11, 47.

⁵⁷⁸⁹ GEZONDHEIDSRAAD, *Ruilen met de wachtlijst*, 2007, nr. 2007/11, 31.

⁵⁷⁹⁰ Zie het inleidend randnummer bij § 2 van deze Afdeling.

⁵⁷⁹¹ Cf. *supra* Deel III, Hoofdstuk I, Afd. 2, § 1, A.1.b.

⁵⁷⁹² Vgl. GEZONDHEIDSRAAD, *Een billijke compensatie*, 2011, nr. 2011/06, 57, 66 en 68; A.J. HOITSMA, o.c., *Ned. T. Gen.* 2011, (954) 955. Zie over de draagwijdte van dit altruïsmevereiste: *supra* Deel IV, Hoofdstuk III, Afd. 4, § 1.

⁵⁷⁹³ Zie *supra* Afd. 1, § 2, A van dit Hoofdstuk.

minder kansen nog meer kansen ontnemen en zodoende manifest in strijd zijn met de billijkheid.⁵⁷⁹⁴

Wat betreft het *utiliteitsprincipe* zou *list-paired exchange* wel een voordeel kunnen bieden. Door te ruilen met de wachtlijst kan een orgaanwegname bij leven die anders wegens incompatibiliteit niet mogelijk zou zijn, toch doorgaan. Aldus vergroot *list-paired exchange* het orgaanaanbod, wat niet enkel ten goede komt van de rechtstreeks begunstigde ontvangers, maar ook van de andere kandidaat-ontvangers (vooral bloedgroepen A, B en AB) op de wachtlijst.⁵⁷⁹⁵ Dit strookt met het principe van *sociale* utiliteit. Bovendien geeft transplantatie met levende donoren in principe betere resultaten dan met overleden donoren,⁵⁷⁹⁶ zodat de toevoeging van de levende donor aan het orgaanaanbod via *list-paired exchange* ook de *medische* utiliteit kan bevorderen.

Wat betreft het *autonomieprincipe* zou *list-paired exchange* dan weer een risico kunnen opleveren. Zo wordt gesteld dat het vrijwillig karakter van de toestemming van de levende donor onder druk kan komen te staan, aangezien deze zich wegens de optie van *list-paired exchange* niet meer op het excuus van incompatibiliteit zal kunnen beroepen.⁵⁷⁹⁷ Nochtans zou desnoods een ander soort ‘medisch excuus’ kunnen worden bedacht en werd er bovendien eerder al op gewezen dat preventie van dwang ook via andere manieren dan dergelijk excuus kan worden bereikt.⁵⁷⁹⁸ *List paired exchange* zal het risico op onvrijwillige orgaanwegname dus niet noodzakelijk doen stijgen en zal zodus verenigbaar zijn met het autonomieprincipe.

1208. Op basis van de voorgaande overwegingen kan m.i. samen met een deel van de Nederlandse Gezondheidsraad worden besloten dat *list-paired exchange* voorlopig niet verdedigbaar is in het licht van het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel.⁵⁷⁹⁹ Het voordeel in termen van sociale (en medische) utiliteit (*in casu* een hoger orgaanaanbod) lijkt immers nog niet sterk genoeg om op te wegen tegen het onmiskenbare nadeel in termen van billijkheid (*in casu* extra wachttijd) voor O-ontvangers die geen levende donor kunnen aanbrengen. Deze conclusie moet weliswaar worden genuanceerd. Op basis van deze redenering is *list-paired exchange* met uitsluitend A-, B- en AB-ontvangers immers wel verdedigbaar (*‘restricted list paired exchange’*), hoewel dit voor minder patiënten van direct belang zal zijn.⁵⁸⁰⁰ Bovendien zou *list-paired exchange* met O-ontvangers m.i. alsnog verdedigbaar kunnen worden, indien

⁵⁷⁹⁴ Zie in die zin: L.F. ROSS en S. ZENIOS, “Restricting Living-Donor-Cadaver-Donor Exchanges to Ensure that Standard Blood Type O Wait-List Candidates Benefit”, *Transplantation* 2004, (641) 645; GEZONDHEIDSRAAD, *Ruilen met de wachtlijst*, 2007, nr. 2007/11, 30, 32-33, 37-40 en 43-47; M.T. HILHORST, “o.c., *J. Med. Ethics* 2008, (484) 486; R. COPPEN, *Organ Donation, policy and legislation*, 2010, 47 en 48.

⁵⁷⁹⁵ P.L. ADAMS *et al.*, “The Nondirected Live-Kidney Donor: Ethical Considerations and Practice Guidelines”, *Transplantation* 2002, vol. 74, (582) 587; GEZONDHEIDSRAAD, *Ruilen met de wachtlijst*, 2007, nr. 2007/11, 41, 43-45 en 60; M.T. HILHORST, “o.c., *J. Med. Ethics* 2008, (484) 486.

⁵⁷⁹⁶ Vgl. GEZONDHEIDSRAAD, *Ruilen met de wachtlijst*, 2007, nr. 2007/11, 41. Zie ook al *supra* Deel IV, Hoofdstuk IV, Afd. 2, § 3, B.1.

⁵⁷⁹⁷ L.F. ROSS en S. ZENIOS, *o.c.*, *Transplantation* 2004, (641) 645; GEZONDHEIDSRAAD, *Ruilen met de wachtlijst*, 2007, nr. 2007/11, 42-43.

⁵⁷⁹⁸ Zie *supra* Deel IV, Hoofdstuk III, Afd. 3, § 2, D.

⁵⁷⁹⁹ GEZONDHEIDSRAAD, *Ruilen met de wachtlijst*, 2007, nr. 2007/11, 43-45 en 60; GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, Den Haag, Gezondheidsraad, 2003, nr. 2003/1, 135-136. Zie ook: M.A.J.M. BUIJSEN en J.E.M. AKVELD, “Bijzondere patiëntenrechten” in H.E.G.M. HERMANS en M.A.J.M. BUIJSEN (eds.), *Recht en gezondheidszorg*, Maarssen, Elsevier, 2006, (163) 192.

⁵⁸⁰⁰ L.F. ROSS en S. ZENIOS, *o.c.*, *Transplantation* 2004, (641) 642 en 645. Zie ook: GEZONDHEIDSRAAD, *Ruilen met de wachtlijst*, 2007, nr. 2007/11, 57-58.

verder onderzoek duidelijk zou uitwijzen dat de extra wachttijd voor de O-ontvangers die geen levende donor kunnen aanbrengen, zeer beperkt is.⁵⁸⁰¹

Tot slot kan ter vergelijking nog worden opgemerkt dat er ook bij een domino-gepaarde donorruil of *NEAD exchange*⁵⁸⁰² sprake kan zijn van specifieke benadeling van O-ontvangers,⁵⁸⁰³ maar dat er in dit geval echter veel meer ontvangers getransplanteerd kunnen worden, wat als voldoende tegengewicht zou kunnen gelden.⁵⁸⁰⁴

Afdeling 4. Voorstel tot een rechtvaardigere orgaanallocatie

1209. Het is ondertussen duidelijk dat orgaanallocatie een bijzonder problematische aangelegenheid is. Zolang er een orgaantekort heerst, zullen er een aantal uiterst moeilijke keuzes tussen patiënten moeten worden gemaakt. Dit onderstreept het grote belang van maatregelen ter bevordering van het orgaanaanbod. Hoe meer organen er beschikbaar zijn, hoe minder allocatieproblemen er zich logischerwijze zullen voordoen.⁵⁸⁰⁵ Voorlopig lijkt het orgaantekort echter niet meteen te zullen verdwijnen en blijven allocatiekeuzes een noodzakelijk kwaad.

Oorspronkelijk bevatte de Orgaantransplantatiewet geen bepalingen over dergelijke keuzes. Dit werd destijds in de rechtsleer als een gemis ervaren.⁵⁸⁰⁶ Zoals uit de bovenstaande analyse is gebleken, bevat de Orgaantransplantatiewet ondertussen wél verschillende specifieke bepalingen die het Belgische orgaanallocatiesysteem vorm geven. Maar hoever mag de wetgever hierin gaan?⁵⁸⁰⁷ Deze vraag betreft het klassieke dilemma tussen rechtszekerheid en flexibiliteit.⁵⁸⁰⁸ Duidelijke wetsbepalingen verhogen de rechtszekerheid, maar moeten nog wel voldoende flexibiliteit aan artsen en rechters bieden opdat ze de (distributieve en procedurele) rechtvaardigheid niet in het gedrang brengen. Op basis van de inzichten verworven bij het analyseren van de wettelijke allocatieregels, zal deze evenwichtsoefening nu gemaakt worden voor het Belgische allocatiesysteem. Hierbij moet m.i. opnieuw een onderscheid worden gemaakt tussen de vraag naar de basisprincipes van ontvangersselectie enerzijds (§ 1) en de vraag naar de implementatie van deze basisprincipes anderzijds (§ 2).

⁵⁸⁰¹ Zie hierover: GEZONDHEIDSRAAD, *Ruilen met de wachtlijst*, 2007, nr. 2007/11, 37-40, waar werd geconcludeerd dat er voorlopig weinig houvast bestaat om tot een betrouwbare schatting van de te verwachten effecten van *living donor list exchange* bestaat.

⁵⁸⁰² Zie *supra* Deel IV, Hoofdstuk I, Afd. 3.

⁵⁸⁰³ GEZONDHEIDSRAAD, *Ruilen met de wachtlijst*, 2007, nr. 2007/11, 55; M.T. HILHORST, “*o.c.*”, *J. Med. Ethics* 2008, (484) 486.

⁵⁸⁰⁴ L. LOPP, *Regulations regarding living organ donation in Europe: possibilities of harmonisation*, Heidelberg, Springer, 2013, 193-194. Vgl. ook: A.E. ROTH *et al.*, “Utilizing List Exchange and Nondirected Donation through ‘Chain’ Paired Kidney Donations”, *Am. J. Transpl.* 2006, vol. 6, (2694) 2701-2702: indien *list paired exchange* gebruikt wordt om een transplantatieketting te vormen, lijkt het nadeel voor ontvangers met bloedgroep O minder problematisch te zijn. Er worden namelijk meer mensen geholpen en de donor van het laatste koppel zou zelfs bloedgroep O kunnen hebben.

⁵⁸⁰⁵ K. McK. NORRIE, “Human tissue transplants: legal liability in different jurisdictions”, *Int. & Comp. L.Q.* 1985, (442) 469; J.F. CHILDRESS, in J.F. BLUMSTEIN en F.A. SLOAN (eds.), *Organ transplantation policy*, 1989, (87) 90; B. DESSCHANS *et al.*, *o.c.*, *Acta Chir. Belg.* 2008, (31) 34; A.J. CRONIN, *o.c.* in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2008, (99) 106.

⁵⁸⁰⁶ J. VANDE MOORTELE, “Het wegnemen en transplanteren van organen volgens de Belgische wet”, *VI. T. Gez.* 1988-89, (318) 323; I. BOONE, “Het wegnemen en transplanteren van organen volgens het Belgische recht”, *TPR* 1996, (91) 126-127; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 142.

⁵⁸⁰⁷ Zie ook al: Verslag DETIÈGE, *Parl. St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2680/5, 6-7.

⁵⁸⁰⁸ Vgl. *supra* Deel I, Hoofdstuk II, Afd. 1.

§ 1. DE BASISPRINCIPES VAN ONTVANGERSELECTIE

1210. Met behulp van de bio-ethiek werden drie basisprincipes voor ontvangerselectie geïdentificeerd (billijkheid, utiliteit en autonomie).⁵⁸⁰⁹ Deze principes vormen de fundamenteën van een distributief rechtvaardig allocatiesysteem. In verschillende buitenlandse rechtsstelsels werden (sommige van) deze principes dan ook expliciet in de wetgeving opgenomen. Zo bepaalt de Nederlandse wet dat een orgaancentrum slechts kan worden vergund indien het kan voorzien in een “*doelmatige voorziening in de behoefte aan organen*” (utiliteit).⁵⁸¹⁰ In de aanhef van deze wet wordt bovendien de “*rechtvaardige verdeling van geschikte organen*” als doel vooropgesteld, wat op het billijkheidsprincipe lijkt te wijzen.⁵⁸¹¹ De Franse wet bepaalt dan weer duidelijk dat de regels omtrent orgaantoewijzing het “*principe d'équité*” (billijkheid) moeten eerbiedigen.⁵⁸¹² In één van de uitvoeringsbesluiten werd daarnaast ook “*l'utilisation optimale des greffons*” (utiliteit) vooropgesteld.⁵⁸¹³ Ook de federale wetgeving in de Verenigde Staten vereist zowel “*equitable distribution of organs*” (billijkheid), als “*the best use of donated organs*” (utiliteit).⁵⁸¹⁴ Dit is echter niet het geval in België. De Orgaantransplantatiewet bevat weliswaar een aantal specifieke allocatiecriteria (art. 13bis, § 2 Orgaantransplantatiewet), maar bepaalt niet expliciet welke (ethische) basisprincipes hieraan ten grondslag liggen. De parlementaire stukken bij deze wet gaan hier evenmin op in. Er is dus maar weinig concreet bewijs van fundamentele bio-ethische reflectie op beleidsniveau.

1211. De vraag rijst bijgevolg of de Belgische wetgeving naar het voorbeeld van haar buitenlandse tegenhangers ook niet uitdrukkelijk de basisprincipes voor ontvangerselectie moet vastleggen. Een positief antwoord veronderstelt m.i. dat de wetgever zijn wetgevend handelen kan steunen op legitimiteit, opportuniteit en uitvoerbaarheid.

De basisprincipes weerspiegelen fundamentele waardeoordelen omtrent een niet louter medische, maar een bredere maatschappelijke gezondheidskwestie. Het is dus niet (enkel) aan de medische professionals, maar veeleer aan de wetgever om als vertegenwoordiger van de maatschappij de basisprincipes te bepalen.⁵⁸¹⁵ De wetgever bezit dus de legitimiteit om op dit punt op te treden.

Voorts is doorheen de bespreking van het huidige Belgische allocatiesysteem duidelijk gebleken dat de basisprincipes zeer nuttig, ja zelfs onontbeerlijk zijn om de geoorloofdheid van de vele specifieke selectiecriteria telkens op een coherente wijze te beoordelen. Dit is van belang voor het publieke vertrouwen en dus voor de donatiebereidheid.⁵⁸¹⁶ De wettelijke verankering van de basisprincipes is dan ook opportuun.

⁵⁸⁰⁹ *Supra* Afd. 1, § 2 van dit Hoofdstuk.

⁵⁸¹⁰ Art. 25, lid 2 WOD.

⁵⁸¹¹ Vgl. Memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, 22.358, 5, nr. 2.

⁵⁸¹² Art. L1231-1 B Code de la santé publique. Zie ook: art. 3 EVRM-Bio (“*equitable access to health care*”) en art. 3 Transplantatieprotocol EVRM-Bio (“*equitable access to transplantation services*”); Principle 9, WHO Guiding Principles on Human Cell, Tissue and Organ Transplantation (2010), <http://www.who.int> (“*Allocation rules (...) should be equitable*”); A.E. KAUFFMANN, o.c. in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2011, (171) 173 (m.b.t. art. 119a, § 2 Zwitserse Grondwet).

⁵⁸¹³ Preambule annex bij Arrêté du 6 novembre 1996 portant homologation des règles de répartition et d'attribution des greffons prélevés sur une personne décédée en vue de transplantation d'organes, <http://www.legifrance.gouv.fr>.

⁵⁸¹⁴ 42 USC § 273(b)(1)(E) en (b)(3)(E); 42 USC § 274(b)(2)(D); 42 CFR § 121.8.

⁵⁸¹⁵ Vgl. H.J.J. LEENEN, o.c., *TvGR* 1980, (243) 248; W. LAND en J.B. DOSSETOR (eds.), *Organ Replacement Therapy*, 1991, 556; R.M. VEATCH, o.c. in W. LAND en J.B. DOSSETOR (eds.), *Organ Replacement Therapy*, 1991, (331) 332-334 en 335; G. GUBERNATIS en H. KLIEMT, o.c., *Transplantation* 2000, (699) 702; A. BONDOLFI, o.c. in M.-J. THIEL (ed.), *Donner, recevoir un organe*, 2009, (351) 362.

⁵⁸¹⁶ Vgl. R.F. WEIR, o.c., *J. Corp. L.* 1994-95, (91) 91 en 105.

Hiertegen zou echter kunnen worden opgeworpen dat deze algemene concepten aanzienlijk voor interpretatie vatbaar zouden zijn, zodat hun wettelijke verankering op het eerste gezicht niet echt als een bruikbare, rechtszekere oplossing overkomt.⁵⁸¹⁷ Nochtans zou de explicitering van de basisprincipes in de wet m.i. tot meer kritische, ethisch-juridische reflectie omtrent deze principes leiden en daardoor uiteindelijk wél een grotere distributieve rechtvaardigheid kunnen waarborgen. Dit geldt vooral voor de concepten van billijkheid en utiliteit, die m.i. als zodanig in de wet moeten worden vermeld. Daarentegen volstaat het voor het principe van autonomie, dat reeds aanzienlijke bekendheid geniet in de context van het zelfbepalingsrecht, om duidelijke beslissingsrechten aan ontvanger en/of donor toe te kennen. De wettelijke verankering van de basisprincipes voor orgaanallocatie is dus voldoende uitvoerbaar. Bijgevolg mag een wetgevend optreden inzake de algemene allocatieprincipes worden beschouwd als een onderdeel van de positieve plicht van de overheid onder het recht op gelijke toegang tot gezondheidszorg.⁵⁸¹⁸

§ 2. DE IMPLEMENTATIE VAN DE BASISPRINCIPES

1212. Wat betreft de implementatie van de basisprincipes ligt de rol van de wetgever m.i. anders. De basisprincipes van ontvangersselectie moeten aan de hand van concrete selectiecriteria worden uitgewerkt tot een distributief rechtvaardig allocatiesysteem, dat bovendien moet worden aangevuld met maatregelen van procedurele rechtvaardigheid.⁵⁸¹⁹ Zoals eerder is gebleken, leiden de basisprincipes in belangrijke mate tot selectiecriteria van medische aard. Beslissingen over deze criteria moeten dus niet zozeer aan de wetgever, maar wel aan de medische professionals (artsen, transplantatiecentra, Eurotransplant) worden toevertrouwd.⁵⁸²⁰ De wetgever mist enigszins de bekwaamheid om hieromtrent wetgevend op te treden. Bovendien kan de stand van de medische wetenschap snel wijzigen, zodat ook de specifieke selectiecriteria en hun onderlinge verhouding snel achterhaald kunnen zijn (bv. weefselovereenkomst was vóór de komst van de moderne immunosuppressiva veel belangrijker). Wetgeving kan daarentegen meestal niet zo snel worden aangepast, zodat wettelijke selectiecriteria dreigen te resulteren in onrechtvaardige rigiditeit. Daarnaast zou het vastleggen van selectiecriteria ook kunnen leiden tot een routinematig beslissingsproces, wat een risico op sluipende nalatigheid meebrengt.⁵⁸²¹ Een gedetailleerd wetgevend optreden is m.a.w. niet erg opportuun.⁵⁸²²

Op basis van deze overwegingen kan worden verdedigd dat de wetgever enkel gedetailleerde selectiecriteria mag opleggen wanneer ze niet van medische aard zijn. Daarbuiten moet de wetgever de uitwerking van de basisprincipes veeleer overlaten aan zelfregulering door

⁵⁸¹⁷ Vgl. ook: A.E. KAUFFMANN, o.c. in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2011, (171) 174.

⁵⁸¹⁸ Zie ook: D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 483; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 180-181 en 198.

⁵⁸¹⁹ *Supra* Afd. 1, § 2, B van dit Hoofdstuk.

⁵⁸²⁰ Vgl. J.K.M. GEVERS, o.c. in H.D.C. ROSCAM ABBING en F.C.B. WIJMEN (eds.), *Wetgeving gezondheidszorg in perspectief*, 1989, (71) 75-76; Advies nr. 60 van 27 januari 2014 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, <http://www.health.belgium.be>, 18; R. MARGREITER, o.c. in W. LAND en J.B. DOSSETOR (eds.), *Organ Replacement Therapy*, 1991, (440) 443; T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 161-162.

⁵⁸²¹ K. RAES, o.c. in M. SANTENS (ed.), *Een rechtvaardige gezondheidszorg*, 2008, (7) 53-54.

⁵⁸²² Vgl. Memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, 22.358, 29-30; D.P.T. PRICE, o.c. in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2008, (163) 164; A.E. KAUFFMANN, o.c. in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation*, 2011, (171) 173; Memorie van toelichting Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 37.

de medische professionals.⁵⁸²³ Mits de nodige terughoudendheid zouden bepaalde selectiecriteria nog wel juridisch vastgelegd kunnen worden op algemene wijze, maar dit zou dan bij voorkeur moeten gebeuren bij KB of MB,⁵⁸²⁴ die tenslotte sneller kunnen worden aangepast dan wetten. Dit alles neemt evenwel niet weg dat de wetgever nog wel een belangrijke rol kan spelen op het vlak van procedurele rechtvaardigheid (m.n. inzake de controle op de besluitvorming).⁵⁸²⁵ Dit geldt voor beide fasen van het Belgische allocatiesysteem: de plaatsing op de wachtlijst (*infra* A) en de plaatsing op de allocatielijst (*infra* B).

A. Fase I: de plaatsing op de wachtlijst

1213. Hoewel Eurotransplant beslist welke kandidaat-ontvanger op de wachtlijst het donororgaan krijgt, zijn het niettemin de artsen en transplantatiecentra die telkens bepalen of de patiënt überhaupt tot de wachtlijst wordt toegelaten. Met andere woorden: “(...) *the most important ethical decisions for allocation take place long before an organ actually arrives at a particular transplant center*”.⁵⁸²⁶ Des te belangrijker is voor deze fase dus de vraag of de wetgever de distributieve en/of procedurele rechtvaardigheid nog kan verbeteren.

Wat betreft de *distributieve rechtvaardigheid* heeft de wetgever slechts één wachtlijstcriterium opgelegd. De kandidaat-ontvanger moet krachtens artikel 13ter Orgaantransplantatiewet namelijk een gekwalificeerde band met België of een ander Eurotransplantland bezitten. Het betreft geen medisch, maar een sociaal criterium, zodat het binnen de beslissingscapaciteiten van de wetgever valt. Niettemin kan dit criterium in haar huidige vorm als een onevenredige maatregel worden beschouwd. Het principe kan m.i. behouden blijven, maar de wetgever zou in meer en duidelijkere uitzonderingen moeten voorzien.⁵⁸²⁷ Voor het overige laat de wetgever de beslissingen omtrent de plaatsing op de wachtlijst volledig over aan de therapeutische en diagnostische vrijheid van de arts, weliswaar binnen de algemene grenzen van het aansprakelijkheidsrecht en de anti-discriminatiwetgeving.⁵⁸²⁸ Wegens de voornamelijk medische aard van deze beslissingen lijkt verdere inhoudelijke sturing door de wetgever inderdaad niet wenselijk.

Wat betreft de *procedurele rechtvaardigheid* wordt het ontbreken van wettelijke selectiecriteria enigszins opgevangen door de verplichting voor elk transplantatiecentrum om te voorzien in een schriftelijke werkprocedure over wachtlijstbeslissingen. Zoals gezegd, draagt dit op lokaal niveau bij tot een enigszins gestandaardiseerde en transparantere besluitvorming.⁵⁸²⁹ Niettemin blijft waakzaamheid ten zeerste geboden. Er kan immers nog steeds variatie bestaan tussen de verschillende transplantatiecentra. Een gebrek aan uniforme selectiecriteria zou alsnog kunnen resulteren in een onrechtvaardig selectieproces of zou althans

⁵⁸²³ Zie ook: H.J.J. LEENEN, *o.c.*, *TvGR* 1987, (179) 181, 189-190; J.K.M. GEVERS, *o.c.* in H.D.C. ROSCAM ABBING en F.C.B. WIJMEN (eds.), *Wetgeving gezondheidszorg in perspectief*, 1989, (71) 77; C. METZ en N. HOPPE, “Organ Transplantation in Germany: Regulating Scandals and Scandalous Regulation”, *EJHL* 2013, (113) 115. *Contra*: U. SCHROTH, *o.c.*, *NSiZ* 2013, (437) 440-441.

⁵⁸²⁴ Zie ook: J. VANDE MOORTELE, *o.c.*, *VI. T. Gez.* 1988-89, (318) 323; Arrêté du 6 novembre 1996 portant homologation des règles de répartition et d’attribution des greffons prélevés sur une personne décédée en vue de transplantation d’organes; art. 18, lid 3 *in fine* WOD en Memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1991-1992, 22.358, 30.

⁵⁸²⁵ H.J.J. LEENEN, *o.c.*, *TvGR* 1987, (179) 181, 189-190; J.K.M. GEVERS, *o.c.* in H.D.C. ROSCAM ABBING en F.C.B. WIJMEN (eds.), *Wetgeving gezondheidszorg in perspectief*, 1989, (71) 77.

⁵⁸²⁶ R. MARGREITER, *o.c.* in W. LAND en J.B. DOSSETOR (eds.), *Organ Replacement Therapy*, 1991, (440) 442.

⁵⁸²⁷ *Supra* Afd. 2, § 2, B.3. van dit Hoofdstuk.

⁵⁸²⁸ *Supra* Afd. 2, § 3 van dit Hoofdstuk.

⁵⁸²⁹ *Supra* Afd. 2, § 3, A van dit Hoofdstuk.

die indruk kunnen wekken.⁵⁸³⁰ Het zou bovendien niet evident zijn om lokale wachtlijstbeslissingen aan te vechten. Een klachtprocedure via de ombudsfunctie van het betrokken ziekenhuis⁵⁸³¹ of een advies van het plaatselijke ethisch comité⁵⁸³² zal mogelijk niet steeds ervaren worden als een voldoende onafhankelijke en slagkrachtige controle.⁵⁸³³ Een aansprakelijkheidsvordering voor de rechter zou onafhankelijker en slagkrachtiger zijn, maar brengt dan weer allerlei andere problemen mee. Een gerechtelijke procedure kost immers geld en is vooral ook traag, terwijl de patiënt soms niet zoveel tijd meer heeft.⁵⁸³⁴ Daarnaast zal de patiënt wegens het gebrek aan uniforme selectiecriteria soms maar moeilijk een fout van de arts of het transplantatiecentrum kunnen bewijzen.⁵⁸³⁵ De patiënt zou zijn succesansen bij de rechter wellicht kunnen vergroten door op de emotionele omstandigheden van zijn zaak in te spelen en desgevallend media-aandacht op te zoeken. Maar een rechter die op basis daarvan zonder de nodige expertise inzake orgaanallocatie zich zou laten overhalen om toegang tot de wachtlijst af te dwingen, dreigt dan weer de belangen van andere patiënten en van het allocatiesysteem te miskennen.⁵⁸³⁶ Het is dus wenselijk dat de diverse transplantatiecentra gemeenschappelijke criteria hanteren.⁵⁸³⁷ Hiertoe kan de regelgever bijdragen. Ofwel kunnen uniforme criteria gewoonweg nog niet worden opgesteld, omdat er onvoldoende wetenschappelijke kennis beschikbaar is.⁵⁸³⁸ In dat geval dienen de transplantatiecentra te worden aangezet tot (participatie aan) kwalitatief onderzoek via verplichtingen tot registratie en nationale rapportering van de gehanteerde selectiecriteria en de corresponderende transplantatieresultaten.⁵⁸³⁹ Zo werd bv. al bepaald dat de interne transplantatieraad van elk centrum moet instaan voor de verzameling van kwalitatieve indicatoren met betrekking tot wegneming en transplantatie, inzonderheid inzake de selectie van donoren en ontvangers.⁵⁸⁴⁰ Hierover moet jaarlijks een verslag worden opgesteld, dat ter beschikking ligt van de Belgische Transplantatieraad.⁵⁸⁴¹ Ofwel is het ontwikkelen van uniforme criteria tot op zekere hoogte al wel mogelijk, maar wordt hiervoor in de praktijk geen geschikt platform gevonden. In dat geval kan de regelgever een duidelijke opdracht verlenen aan een specifieke instantie om met de nodige expertise uniforme richtlijnen inzake ontvangersselectie op te stellen en zelfs bij wijze van beroepsinstantie adviezen te verlenen in individuele gevallen.⁵⁸⁴² Eenvoudigshalve zou zo'n bevoegdheid dan ondergebracht worden bij een reeds bestaande instantie, zoals bv. de

⁵⁸³⁰ Vgl. D. RICHARDS, *o.c.*, *S. Cal. L. Rev.* 2013, (151) 154.

⁵⁸³¹ Art. 11 Wet Patiëntenrechten.

⁵⁸³² Zie reeds: T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, 1996, 182.

⁵⁸³³ Vgl. W.R. KASTELEIN, "Selectie van patiënten, aparte beroepsinstantie?" in H.D.C. ROSCAM ABBING en F.C.B. VAN WIJMEN (eds.), *Wetgeving gezondheidszorg in perspectief*, 1989, (81) 85-86.

⁵⁸³⁴ W.R. KASTELEIN, *o.c.* in H.D.C. ROSCAM ABBING en F.C.B. VAN WIJMEN (eds.), *Wetgeving gezondheidszorg in perspectief*, 1989, (81) 85-86; D. RICHARDS, *o.c.*, *S. Cal. L. Rev.* 2013, (151) 193; S. FRANK, *o.c.*, *J. Health & Biomedical L.* 2014, www.westlawinternational.com, (1) 10.

⁵⁸³⁵ Vgl. D. RICHARDS, *o.c.*, *S. Cal. L. Rev.* 2013, (151) 159-160 ; S. FRANK, *o.c.*, *J. Health & Biomedical L.* 2014, www.westlawinternational.com, (1) 7 en 8.

⁵⁸³⁶ D. RICHARDS, *o.c.*, *S. Cal. L. Rev.* 2013, (151) 193; S. FRANK, *o.c.*, *J. Health & Biomedical L.* 2014, www.westlawinternational.com, (1) 8 en 10; J. COOPER, *o.c.*, *Vill. L. Rev.* 2014, (269) 271, 288, 294, 296, 298 en 300-302.

⁵⁸³⁷ Vgl. Advies nr. 60 van 27 januari 2014 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, <http://www.health.belgium.be>, 26; H.D.C. ROSCAM ABBING, *o.c.* in Y. ENGLERT (ed.), *Organ and Tissue Transplantation in the European Union*, 1995, (18) 21; G.R.J. DE GROOT, *o.c.*, *TvGR* 1996, (58) 64-65.

⁵⁸³⁸ Dit is met name het geval met betrekking tot de psychosociale aspecten van ontvangersselectie. Cf. *supra* Deel IV, Hoofdstuk IV, Afd. 1, § 2, B.3.

⁵⁸³⁹ Zie reeds voor het rapporteren van *follow-up* data via Eurotransplant aan internationale onderzoeksregisters: Eurotransplant Manual, [versie 3.0., 2013], www.eurotransplant.org, nr. 2.1.11.

⁵⁸⁴⁰ Art. 10/25, § 3, lid 1 KB Transplantatiecentra.

⁵⁸⁴¹ Art. 10/25, § 3, lid 2 KB Transplantatiecentra.

⁵⁸⁴² Vgl. H.J.J. LEENEN, *o.c.*, *TvGR* 1987, (179) 190; W.R. KASTELEIN, "Selectie van patiënten, aparte beroepsinstantie?" in H.D.C. ROSCAM ABBING en F.C.B. VAN WIJMEN (eds.), *Wetgeving gezondheidszorg in perspectief*, 1989, (81) 91-93; D. RICHARDS, *o.c.*, *S. Cal. L. Rev.* 2013, (151) 192; S. FRANK, *o.c.*, *J. Health & Biomedical L.* 2014, www.westlawinternational.com, (1) 9.

Belgische Transplantatieraad of Eurotransplant. Pas in het allerlaatste geval, met name indien er een concreet probleem bestaat, zou de regelgever zelf uniforme selectiecriteria mogen opleggen.⁵⁸⁴³

B. Fase II: de plaatsing op de allocatielijst

1214. Zoals gezegd, vindt de eigenlijke toewijzing van een donororgaan aan een bepaalde kandidaat-ontvanger plaats in fase II. Deze fase wordt overeenkomstig artikel 13*bis* Orgaantransplantatiewet gedomineerd door Eurotransplant. Als bemiddelaar verzamelt deze organisatie de ontvanger- en donorgegevens om aan de hand van de door haar uitgewerkte selectiecriteria de volgorde op de allocatielijst te bepalen.⁵⁸⁴⁴ Wat kan de wetgever hier nog doen om de distributieve en/of procedurele rechtvaardigheid te verbeteren?

Wat betreft de *distributieve rechtvaardigheid* geldt dat artikel 13*bis*, § 2 Orgaantransplantatiewet een aantal specifieke selectiecriteria oplegt, maar dat Eurotransplant daarbij nog een ruime beoordelingsmarge behoudt, m.n. inzake de onderlinge verhouding van de criteria.⁵⁸⁴⁵ Eerlijkheidshalve moet eraan herinnerd worden dat in dit proefschrift slechts de belangrijkste allocatiecriteria werden onderzocht. Toch kan in het algemeen al wel worden gesteld dat Eurotransplant erin is geslaagd om een distributief rechtvaardig allocatiesysteem op poten te zetten.⁵⁸⁴⁶ Er werden echter wel een aantal kleine incongruenties tussen de wet en de praktijkhandleiding van Eurotransplant vastgesteld. Sommige vereisen een terugtred van de wetgever (m.n. door schrapping van de termen ‘optimale’ bij het compatibiliteitscriterium⁵⁸⁴⁷ en ‘effectieve’ bij het wachttijdscriterium⁵⁸⁴⁸). Dit zijn alvast goede voorbeelden van het gevaar van te gedetailleerde regelgeving. Met betrekking tot de landenbalans volstaat voorlopig een waakzame houding.⁵⁸⁴⁹ Met betrekking tot het afstandscriterium lijkt het systeem van Eurotransplant wel voor verbetering vatbaar.⁵⁸⁵⁰ Het belangrijkste punt van kritiek betreft evenwel de verhouding tussen overleden donoren en levende donoren. Sinds de wetswijziging van 2012 lijken ze *prima facie* op eenzelfde wijze aan het allocatiesysteem van Eurotransplant onderworpen te zijn. In geval van levende donoren gaat het echter doorgaans om gerichte donatie, zodat de regels omtrent de wacht- en allocatielijsten van Eurotransplant niet van toepassing horen te zijn. Hoewel hieromtrent vanuit de praktijk blijkbaar nog geen problemen zijn aangegeven, is het ten behoeve van de rechtszekerheid niettemin wenselijk dat de wet dit duidelijk bepaalt. Daarbij mag de wetgever zelfs nog iets soepeler zijn (t.a.v. algemeen gerichte donatie) dan nu het geval is.⁵⁸⁵¹ De wetgever kan uiteraard wel in een uitzondering voorzien voor ongerichte levende donoren. Ten aanzien van overleden donoren moet het in principe om ongerichte donatie gaan, zodat dit terecht wel aan het systeem van Eurotransplant is onderworpen. Nochtans werd verdedigd dat de wetgever ook hier een beperkte uitzondering voor *requested donation* t.a.v. emotioneel gerelateerde ontvangers moet voorzien.

⁵⁸⁴³ Zie bv. het verbod op uitsluiting van de wachtlijst wegens louter fysieke of mentale handicap in California Statute sec. 7151.35 en New Jersey Statutes § 26:6 – 86.2. Deze werden ingevoerd nadat onder publieke verantwoordiging bekende geraakte dat patiënten met een mentale aandoening onterecht een plaats op de wachtlijst geweigerd werden. Zie ook: D. RICHARDS, *o.c.*, *S. Cal. L. Rev.* 2013, (151) 190-191; S. FRANK, *o.c.*, *J. Health & Biomedical L.* 2014, www.westlawinternational.com, (1) 1 en 4.

⁵⁸⁴⁴ *Supra* Afd. 3, § 1 van dit Hoofdstuk.

⁵⁸⁴⁵ *Supra* inleidend randnummer bij Afd. 3, § 2 van dit Hoofdstuk.

⁵⁸⁴⁶ Zie ook: S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 887 en 893, die het Eurotransplant-systeem als de gouden standaard bestempelt.

⁵⁸⁴⁷ *Supra* Afd. 3, § 2, A van dit Hoofdstuk.

⁵⁸⁴⁸ *Supra* Afd. 3, § 2, D van dit Hoofdstuk.

⁵⁸⁴⁹ *Supra* Afd. 3, § 2, B van dit Hoofdstuk.

⁵⁸⁵⁰ *Supra* Afd. 3, § 2, E van dit Hoofdstuk.

⁵⁸⁵¹ *Supra* Afd. 3, § 3, C.2.b. van dit Hoofdstuk.

Wat betreft de *procedurele rechtvaardigheid* valt juridisch voorlopig weinig op de samenwerking met Eurotransplant aan te merken. Eurotransplant trof al verschillende maatregelen die de procedurele rechtvaardigheid inzake het opstellen en toepassen van selectiecriteria bevorderen.⁵⁸⁵² De wetgever zou nog wel enkele kleine verbeteringen kunnen aanbrengen door te voorzien in een specifieke strafbaarstelling voor frauduleuze aanmelding van kandidaat-ontvangers⁵⁸⁵³ of een verplichting voor transplantatieartsen om iedere afwijzing van een orgaanaanbod schriftelijk te motiveren.

⁵⁸⁵² *Supra* Afd. 3, § 1 van dit Hoofdstuk.

⁵⁸⁵³ *Supra* Afd. 3, § 1, B van dit Hoofdstuk.

Hoofdstuk II. Recht op kwaliteitsvolle en veilige organen

Afdeling 1. Probleemstelling

1215. Orgaantransplantatie is, zoals gezegd, een handeling die wordt gesteld ter behartiging van de gezondheid van de ontvanger. Dit is echter niet zo evident. Het transplanteren van een orgaan kan immers verschillende kwaliteits- en veiligheidsrisico's met zich meebrengen.

Enerzijds kan er sprake zijn van factoren die het transplantaatfunctioneren ondermijnen. Verschillende soorten factoren zijn denkbaar. Sommige factoren hebben te maken met de toestand van de donor, zoals bv. de ouderdom van de donor of de doodsoorzaak van de (overleden) donor.⁵⁸⁵⁴ Andere factoren hebben te maken met de manier waarop de zorgverleners het orgaan behandelen, zoals bv. beschadiging van het orgaan tijdens de wegneming, de bewaring of het vervoer.⁵⁸⁵⁵ Nog andere factoren hebben te maken met de toestand van de ontvanger, zoals bv. bloedgroepincompatibiliteit.⁵⁸⁵⁶ Het spreekt voor zich dat het transplanteren van een orgaan in de aanwezigheid van dergelijke factoren wel eens tot een aanzienlijk nadeel voor de ontvanger kan leiden.

Anderzijds kan het zijn dat het orgaan op zich aanvankelijk wel kan functioneren, maar dat het één of meerdere ziekten van de donor overdraagt op de ontvanger. De meeste gevallen van ziekteoverdracht betreffen twee soorten ziektes: infecties en maligne neoplasma (beter gekend als kanker). Met betrekking tot infecties zijn er onder andere gevallen gekend van overdracht van het cytomegalovirus (CMV),⁵⁸⁵⁷ humaan immunodeficiëntievirus (HIV), hepatitis B-virus (HBV), hepatitis C-virus (HCV) en zelfs hondsdoelheid.⁵⁸⁵⁸ Met betrekking tot maligne neoplasma valt bv. te denken aan een melanoom (huidkanker), niercelcarcinoom en longkanker.⁵⁸⁵⁹ Hoewel ziekteoverdracht door orgaantransplantatie eerder zeldzaam is,⁵⁸⁶⁰ gaat het niettemin om een klinisch significante complicatie.⁵⁸⁶¹ Dergelijke ziekteoverdracht kan immers eveneens resulteren in ernstige morbiditeit of zelfs de dood. Bovendien kan één donor in geval van multi-orgaandonatie meerdere ontvangers besmetten.⁵⁸⁶²

⁵⁸⁵⁴ M.L. VOLK, "Organ Quality as a Complicating Factor in Proposed Systems of Inducements for Organ Donation", *Law & Contemp. Probs.* 2014, (337) 337-338.

⁵⁸⁵⁵ J. CLAQUIN en J. HORS, "Distribution of Responsibilities in Sanitary Safety of Grafts" in Y. ENGLERT (ed.), *Organ and Tissue Transplantation in the European Union: Management of Difficulties and Health Risks Linked to Donors*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, (60) 61; EDQM, "Organ Shortage: Current Status and Strategies for the Improvement of Organ Donation – A European Consensus Document", 2003, <http://www.edqm.eu>, nr. 4.7.3.

⁵⁸⁵⁶ Bv. *Wichita Falls General Hospital v. Adolf* [1987], 728 S.W.2d 604; R.N. NWABUEZE, "Donated organs, property rights and the remedial quagmire", *Med. L. Rev.* 2008, (201) 207, over het geval van Jessica Santillan.

⁵⁸⁵⁷ Dit is een herpesvirus.

⁵⁸⁵⁸ Commission staff working document – Impact Assessment, SEC(2007) 704, <http://eur-lex.europa.eu>, 64-66; M.G. ISON *et al.*, o.c. in WHO (ed.), *NOTIFY: Exploring Vigilance Notification for Organs, Tissues and Cells*, Bologna, Editrice Compositori, 2011, 59-78; A. SRINIVASAN *et al.*, "Transmission of Rabies Virus from an organ Donor to Four Transplant Recipients", *N. Engl. J. Med.* 2005, 1103-1111.

⁵⁸⁵⁹ D.C. STRAUSS en J.M. THOMAS, "Transmission of Donor Melanoma by Organ Transplantation", *The Lancet Oncol.* 2010, 790; J. CHAPMAN *et al.*, "The Transmission of Malignancies" in WHO (ed.), *NOTIFY*, 2011, 79-97.

⁵⁸⁶⁰ M.A. GREENWALD, M.J. KUEHNERT and J.A. FISHMAN, "Infectious Disease Transmission during Organ and Tissue Transplantation", *Emerg. Infect. Dis.* 2012, e1; R. DESAI *et al.*, "Cancer Transmission From Organ Donors – Unavoidable But Low Risk", *Transplantation* 2012, (1200) 1200 and 1201.

⁵⁸⁶¹ M.G. ISON en M.A. NALESNIK, "An update on Donor-Derived Disease Transmission in Organ Transplantation", *Am. J. Transpl.* 2011, (1123) 1129.

⁵⁸⁶² Bv. *Baylor University Medical Center v. Biggs* [2007] 237 S.W.3d 909 (Tex.App. – Dallas); *Hightower v. Baylor University Medical Center* [2011] 348 S.W.3d 512 (Tex.App. – Dallas); *Sanchez v. Martin* [2012] 378 S.W.3d 581 (Tex.App. – Dallas). In deze drie zaken ontving elk van de ontvangers een orgaan van dezelfde, door hondsdoelheid besmette donor. Zie ook: M.G. ISON *et al.*, "Transmission of Human Immunodeficiency Virus and Hepatitis C Virus From an Organ Donor to Four Transplant Recipients", *Am. J. Transpl.* 2011, 1218-1225; "Vier mensen besmet met kanker door orgaandonatie", *De Morgen* 9 april 2008, 12.

1216. Idealiter wordt bij orgaantransplantatie enkel gebruik gemaakt van donoren en organen die een hoog niveau van kwaliteit en veiligheid waarborgen, zodat bovenstaande risico's vermeden worden. Door het orgaantekort bestaat er echter de neiging om de grenzen van kwaliteit en veiligheid te expanderen, zodat zo veel mogelijk patiënten geholpen kunnen worden.⁵⁸⁶³ Dit vereist een delicate afweging tussen orgaankwaliteit en orgaankwantiteit.⁵⁸⁶⁴

Enerzijds kunnen *te lage* kwaliteits- en veiligheidsstandaarden vanzelfsprekend een nadeel voor de volksgezondheid inhouden. In plaats van de gezondheid van de ontvanger te verbeteren, zou een gebrek aan kwaliteit en veiligheid de ontvanger juist zieker kunnen maken, wat ook grotere kosten voor het gezondheidszorgsysteem oplevert.⁵⁸⁶⁵ Bovendien zou zo'n kwaliteits- en veiligheidsgebrek het vertrouwen in de orgaantransplantatiepraktijk kunnen ondermijnen, wat onrechtstreeks tot een lagere donatiebereidheid en dus een kleiner orgaanaanbod kan leiden.⁵⁸⁶⁶ Voorts zouden sommige ontvangers mogelijk niet langer voor transplantatie kiezen, ook al is dit de meest aangewezen behandeling. Zo worden belangrijke gezondheidsbaten voor het individu en belangrijke besparingen voor de sociale zekerheid⁵⁸⁶⁷ misgelopen.

Anderzijds kunnen *te strikte* kwaliteits- en veiligheidsnormen leiden tot het onnodig afwijzen van hoognodige organen.⁵⁸⁶⁸ Bovendien zou een overdreven stringent kwaliteits- en veiligheidssysteem een te grote administratieve en/of financiële last voor de zorgverstrekkers kunnen meebrengen. Dit dreigt, zeker voor de kleinere donorziekenhuizen, demotiverend te werken, wat onrechtstreeks wederom nefast voor het orgaanaanbod kan blijken.⁵⁸⁶⁹ De administratieve belasting moet (in het belang van de donatiecijfers) dus zo laag mogelijk worden gehouden, zoals enkele experts en het Europees Parlement ook al benadrukten.⁵⁸⁷⁰

1217. De vraag rijst dus hoe ver transplantatiecentra mogen gaan bij het aanvaarden van 'risicodonoren'. Vanuit het perspectief van de ontvanger wordt dit: in hoeverre beschikt de ontvanger over een recht op kwaliteitsvolle en veilige organen? Deze vraag valt m.i. best te beantwoorden vanuit een aansprakelijkheidsperspectief. Aansprakelijkheid moet in essentie

⁵⁸⁶³ Bv. "Liever risico nemen dan patiënt te laten sterven", *De Morgen* 17 april 2000, 2; "Liever long van verstokte roker dan op wachtlijst blijven", *De Morgen* 30 mei 2012.

⁵⁸⁶⁴ Vgl. "Organ Donation and Transplantation Policy Options at EU Level. Consultation Document", <http://ec.europa.eu/health>, 5; Commission staff working document - Impact Assessment, SEC(2008) 2956, <http://eur-lex.europa.eu>, 81, voetnoot 77; Informal Meeting related to Blood, Tissues and Cells, and Organs – Report, 29 juli 2005, Brussel, http://ec.europa.eu/health/blood_tissues_organs, 3.

⁵⁸⁶⁵ A.-C. SQUIFFLET, "Le droit face à la pénurie d'organes: quels apports pour quelle efficacité?", *Ann. dr. Louvain* 2011, (357) 371.

⁵⁸⁶⁶ Vgl. Commission staff working document - Impact Assessment, SEC(2008) 2956, <http://eur-lex.europa.eu>, 44; Toelichting bij voorstel voor een Richtlijn, COM(2002) 319 (definitief), <http://eur-lex.europa.eu>, 6 en 7; COUNCIL OF EUROPE, *Guide to safety and quality assurance for organs, tissues and cells*, Straatsburg, Council of Europe Publishing, 2004 (2^{de} ed.), 13. Zie algemeen over het belang van publiek vertrouwen: *infra* Deel II, Hoofdstuk I, Afd. 1, § 2, B.

⁵⁸⁶⁷ Zie voornamelijk over niertransplantatie *supra* Deel IV, Hoofdstuk IV, Afd. 1, § 3, B.2.a.

⁵⁸⁶⁸ Vgl. HOUSE OF LORDS EUROPEAN UNION COMMITTEE, *Increasing the supply of donor organs within the European Union. Vol. I: Report*, 2008, www.publications.parliament.uk, 25.

⁵⁸⁶⁹ Commission staff working document - Impact Assessment, SEC(2008) 2956, <http://eur-lex.europa.eu>, 64, 67 en 81. Zie ook: advies van de Nationale Raad voor ziekenhuisvoorzieningen van 12 mei 2011 m.b.t. orgaanwegname en –transplantatie, <http://www.health.belgium.be>, 9, waar werd gesteld dat de kwaliteits- en veiligheidsregulering, gelet op de grote tijdsdruk bij orgaantransplantaties, niet vertragend mag werken.

⁵⁸⁷⁰ National Expert Meeting on Organ Donation and Transplantation at Community Level: Working Group on Quality and Safety – Summary Report, 23 oktober 2007, Brussel, http://ec.europa.eu/health/blood_tissues_organs, 12; Resolutie van het Europees Parlement van 22 april 2008 over orgaandonatie en –transplantatie: beleidsmaatregelen op EU-niveau (2007/2210(INI)), *Pb. C.* 29 oktober 2009, afl. 259, 3, waar ook werd gewaarschuwd dat goede praktijken of praktijken aangepast aan de nationale situaties niet in gevaar mogen komen; CPME Statement concerning the Communication from the European Commission "Organ Donation and Transplantation: Policy Actions at EU Level" (COM(2007) 275 final), www.cpme.eu, 2 en 4; HOUSE OF LORDS EUROPEAN UNION COMMITTEE, *Increasing the supply of donor organs within the European Union. Vol. I: Report*, 2008, www.publications.parliament.uk, 26.

beschouwd worden als een juridisch mechanisme dat de schadelast van de schadelijder (*in casu* de ontvanger) naar de schadeverwekker (de aansprakelijke) verschuift. Om twee redenen lijkt deze rechtsfiguur zeer relevant voor de kwaliteits- en veiligheidsproblematiek. Enerzijds zal aansprakelijkheid voor de ontvanger een recht op schadevergoeding meebrengen, wat de schadelijke gevolgen van een gebrek aan kwaliteit en veiligheid in enige mate ongedaan kan maken. Dit is de compensatoire functie van aansprakelijkheid.⁵⁸⁷¹ Anderzijds zal de aansprakelijke worden afschrikt om risicogedrag te vertonen en hem aansporen tot risicomanagement, wat de kwaliteit en veiligheid van organen kan verbeteren. Dit is de preventieve functie van aansprakelijkheid.⁵⁸⁷²

Hierna zal dieper worden ingegaan op twee soorten aansprakelijkheid: de foutaansprakelijkheid (afd. 1) en de aansprakelijkheid zonder fout (afd. 2). Daarna zullen de bevindingen inzake de toepassing van deze aansprakelijkheidsvormen op orgaantransplantatie aangewend worden om een voorstel voor de toekomst te formuleren (afd. 3). Er zal voor alle duidelijkheid enkel worden gekeken naar de aspecten die specifiek betrekking hebben op de kwaliteit en veiligheid van organen. Voor de aansprakelijkheid inzake de algemene chirurgische aspecten volstaat het om naar de algemene werken daaromtrent te verwijzen.

Afdeling 2. Aansprakelijkheid op basis van een fout

1218. De regels inzake de foutaansprakelijkheid zullen enigszins verschillen naargelang de verhouding ontvanger-schadeverwekker contractueel, dan wel buitencontractueel is.⁵⁸⁷³ Telkens zal *in concreto* moeten worden nagegaan of er conform de voorwaarden van artikel 1108 BW een (behandelings)overeenkomst tot stand gekomen is. In verhouding tot de arts en/of het ziekenhuis zou er met name een ‘transplantatieovereenkomst’ kunnen bestaan. Er zal daarentegen sprake zijn van een buitencontractuele verhouding indien de schadeverwekker niet degene is waarmee de (transplantatie)overeenkomst werd afgesloten of indien er helemaal geen transplantatieovereenkomst tot stand kwam (bv. wilsonbekwame ontvanger of openbaar ziekenhuis⁵⁸⁷⁴). Maar zelfs indien er een contractuele relatie bestaat, zouden ook de buitencontractuele aansprakelijkheidsregels kunnen worden toegepast. Er wordt traditioneel immers een uitzondering op het verbod op samenloop tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid aanvaard indien de fout een strafrechtelijke inbreuk uitmaakt.⁵⁸⁷⁵ Bij chirurgische ingrepen, zoals transplantatie, zal dit vaak het geval zijn (*cf.* het misdrijf ‘slagen en verwondingen’ uit art. 398 e.v. Sw.).

⁵⁸⁷¹ Zie: T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 5-6.

⁵⁸⁷² Zie: T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 7-9. Zie i.h.b. inzake ziekteoverdracht: D.H.J. HERMANN, “Torts: Private Lawsuits about AIDS” in H.L. DALTON en S. BURRIS (eds.), *AIDS and the law. A Guide for the Public*, New Haven, Yale University Press, 1987, (153) 154; R.D. ECKERT, “The AIDS Blood-Transfusion Cases: A Legal and Economic Analysis of Liability”, *San Diego L. Rev.* 1992, (203) 231; M.J. MILLER, “Strict liability, negligence and the standard of care for transfusion-transmitted disease”, *Ariz. L. Rev.* 1994, (473) 511; R. CASCÃO, *Prevention and Compensation of Treatment Injury: A Roadmap for Reform*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2005, 77.

⁵⁸⁷³ Bv. op het vlak van de verjaringstermijn (art. 2262bis BW). Zie uitgebreider: T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 84 e.v.

⁵⁸⁷⁴ Zo zal het met betrekking tot de universitaire ziekenhuizen van Gent en Luik in principe gaan om een publiekrechtelijke in plaats van een contractuele verhouding. Zie immers KB nr. 542 van 31 maart 1987 houdende de organisatie, de werking en het beheer van de rijksuniversitaire ziekenhuizen, van Gent en Luik, BS 16 april 1987. Zie algemeen: T. VANSWEEVELT, “Rechtsverhoudingen, aansprakelijkheid en schadevergoeding in de gezondheidszorg” in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Vol. I*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (1255) 1268-1269.

⁵⁸⁷⁵ Cass. 26 oktober 1990, *Arr. Cass.* 1990-91, 244 (het ‘Vakantieverblijfarrest’); T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 106-110.

Het is ondertussen duidelijk dat transplantatie het voorwerp uitmaakt van een complexe procedure waarbij vele verschillende actoren de kwaliteit en veiligheid van het orgaan kunnen beïnvloeden. Er zijn dan ook verscheidene schadeverwekkers denkbaar. Hierna zal eerst worden ingegaan op de foutaansprakelijkheidsaspecten die aan al deze schadeverwekkers gemeenschappelijk zijn (§ 1). Vervolgens zullen ze worden toegepast op elk van de mogelijke schadeverwekkers afzonderlijk (§ 2).

§ 1. GEMEENSCHAPPELIJKE ASPECTEN

1219. Ondanks een aantal verschillen zijn de contractuele foutaansprakelijkheid (art. 1136 en art. 1146 e.v. BW) en de buitencontractuele foutaansprakelijkheid (art. 1382-1383 BW) sterk gelijklopend op het vlak van de aansprakelijkheidsvoorwaarden. Beide aansprakelijkheidsgronden vereisen immers dat (in principe) de eiser (*in casu* de ontvanger) het bewijs moet leveren (art. 1315 BW en art. 870 Ger.W.) van het bestaan van drie elementen⁵⁸⁷⁶:

- schade,
- een fout en
- een causaal verband tussen fout en schade.

A. *Schade*

1220. Iedere aansprakelijkheid begint bij schade. In de aansprakelijkheidscontext word ‘schade’ traditioneel omschreven als de negatieve uitkomst van de vergelijking tussen twee toestanden, nl. de actuele toestand waarin het slachtoffer zich bevindt na het schadegeval en de toestand waarin het slachtoffer zou zijn gebleven wanneer het schadegeval niet had plaatsgevonden.⁵⁸⁷⁷ Het kan gaan om zowel materiële, als morele schade. Welke schade precies wordt geleden zal volledig afhangen van het concrete kwaliteits- en veiligheidsrisico, de gezondheidstoestand van de ontvanger en eventuele andere relevante aspecten.

Foutaansprakelijkheid levert de ontvanger een recht op integrale schadevergoeding op.⁵⁸⁷⁸ Bij voorkeur gebeurt dit in natura (bv. herstelbehandeling) indien mogelijk.⁵⁸⁷⁹ Vaak zal de ontvanger echter genoeg moeten nemen met een vergoeding bij equivalent. Zo zou een gebrek aan kwaliteit en veiligheid aanleiding kunnen geven tot een vergoeding voor bv. bijkomende medische kosten, inkomstenverlies, pijnschade of zelfs begrafeniskosten.⁵⁸⁸⁰

1221. Een gebrek aan kwaliteit en veiligheid hoeft m.i. echter niet noodzakelijk tot schade te leiden. Stel dat de ontvanger met zekerheid zou zijn gestorven zonder de transplantatie van een geïnfecteerd orgaan (omdat dit het enige orgaan was dat op dat moment tijdig beschikbaar kon zijn). Kan er dan nog gesproken worden van een ‘negatieve’ uitkomst? Is de overlevende ontvanger dan immers niet beter mét het geïnfecteerde orgaan? Ogenschijnlijk in die zin argumenteerden de verweerders in de Franse *Calmettes*-zaak⁵⁸⁸¹ dat de eisers hun schade niet hadden bewezen omdat de transplantatie van de geïnfecteerde lever het leven van de ontvanger

⁵⁸⁷⁶ T. VANSWEEVELT, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Vol. I*, 2014, (1255) 1273, 1327, 1384 en 1405.

⁵⁸⁷⁷ T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 633.

⁵⁸⁷⁸ T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 665-666.

⁵⁸⁷⁹ Zie: T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 7.

⁵⁸⁸⁰ Vgl. CAA Lyon 20 december 2007, *AJDA* 2008, afl. 15, 826, noot D. MARGINEAN-FAURE. Zie echter over de discussie omtrent begrafeniskosten: T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 731-734.

⁵⁸⁸¹ CA Parijs, 1^{ste} kamer, 11 februari 2000, www.lexisnexis.com.

had gered. Het hof van beroep te Parijs gaf in deze zaak de verweerders gelijk op basis van o.a. het feit dat de ontvanger zou zijn gestorven zonder de transplantatie, hoewel het helaas niet expliciet stelde dat de eisers daardoor geen schade hadden geleden. Om nu te voorspellen hoe een Belgische rechter met dergelijke gevallen zal omgaan, kan m.i. inspiratie gezocht worden in de rechtspraak omtrent *wrongful life*-zaken. Deze zaken draaien immers rond dezelfde vraag, nl. of het leven met een ziekte als enige alternatief voor de dood een schade uitmaakt.⁵⁸⁸² In België werden *wrongful life*-vorderingen recent verworpen door het Hof van Cassatie omdat het leven op zich geen schade kan zijn.⁵⁸⁸³ Logischerwijze kan eenzelfde koers verwacht worden met betrekking tot orgaantransplantatie. Indien de ontvanger echter de dood verkiest boven het leven met een orgaan met een kwaliteits- en veiligheidsgebrek, dan zal op basis van het zelfbepalingsrecht van deze patiënt gesteld moeten worden dat de gevolgen van het leven met de ziekte wél een vergoedbare schade uitmaken (d.i. een *wrongful prolongation of life*-vordering).⁵⁸⁸⁴

B. Fout

1222. De ontvanger zal vervolgens op zoek moeten gaan naar iemand die aansprakelijk kan worden gesteld wegens een fout. Het kan daarbij gaan om een persoonlijke fout, maar ook om een fout van een hulppersoon of aangestelde (bv. aansprakelijkheid van het ziekenhuis voor zijn personeel)⁵⁸⁸⁵. Er is sprake van een fout wanneer de algemene zorgvuldigheidsnorm wordt geschonden. Dit is meer bepaald het geval wanneer de aangesprokene zich niet heeft gedragen zoals een normaal, vooruitziend persoon, geplaatst in dezelfde omstandigheden, zich zou hebben gedragen.⁵⁸⁸⁶

Hierbij is een belangrijke rol weggelegd voor de verschillende kwaliteits- en veiligheidsverplichtingen die ter omzetting van de Europese Richtlijn 2010/53/EU in de Orgaantransplantatiewet en haar uitvoeringsbesluiten werden ingevoerd.⁵⁸⁸⁷ Algemeen wordt immers aanvaard dat er automatisch sprake is van een fout wanneer de aangesprokene wetens en willens een wetsbepaling (gebod of verbod) heeft overtreden. Een normaal, vooruitziend persoon leeft immers de wet na.⁵⁸⁸⁸ De schending van één van de wettelijke kwaliteits- en veiligheidsverplichtingen zal het foutbewijs door de ontvanger dus vergemakkelijken. Dit geldt eveneens wanneer het orgaan afkomstig zou zijn van buiten de Europese Unie. Overeenkomstig artikel 13bis/1 Orgaantransplantatiewet is orgaanuitwisseling met derde landen van buiten de Europese Unie immers slechts toegestaan indien de organen voldoen aan kwaliteits- en veiligheidsvoorschriften die gelijkwaardig zijn aan de voorschriften van de Richtlijn 2010/53/EU.⁵⁸⁸⁹

⁵⁸⁸² Een *wrongful life*-vordering is een vordering waarbij de verweerder aangesproken worden door een ernstig gehandicapt kind (vertegenwoordigd door zijn ouders of voogd) wegens het feit dat de verweerder het kind heeft laten geboren worden en dus heeft nagelaten een gehandicapt leven te voorkomen. De vordering waarbij de ouders of voogd in eigen naam en voor eigen rekening de verweerder aanspreken voor vergoeding van hun eigen schade wordt daarentegen een *wrongful birth*-vordering genoemd. Zie algemeen: T. VANSWEEVELT, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Vol. I*, 2014, (1255) 1394 e.v.

⁵⁸⁸³ Cass. 14 november 2014, nr. C.13.0441.N, www.juridat.be.

⁵⁸⁸⁴ C. LEMMENS, *Voorafgaande wilsverklaringen met betrekking tot het levenseinde*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 816 e.v.; E. DELBEKE, *Juridische aspecten van zorgverlening aan het levenseinde*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 692 e.v.

⁵⁸⁸⁵ *Contractueel*: Cass. 7 december 1973, *Arr. Cass.* 1974, 395, concl. Adv. Gen. P. MAHAUX; Cass. 5 oktober 1990, *Arr. Cass.* 1990-91, 125; art. 1797 BW. *Buitencontractueel*: art. 1384, leden 3 en 4 BW. Zie uitvoerig: T. VANSWEEVELT, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Vol. I*, 2014, (1255) 1417 e.v.

⁵⁸⁸⁶ T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 127 e.v.

⁵⁸⁸⁷ Zie hierover in het algemeen al *supra* Deel II, Hoofdstuk I, Afd. 2, § 1.

⁵⁸⁸⁸ T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 137-138.

⁵⁸⁸⁹ Conform considerans 18 en art. 20 Richtlijn 2010/53/EU.

C. Causaal verband

1223. Het vereiste van causaal verband veronderstelt ten slotte dat de schade zich zonder de fout niet zou hebben voorgedaan zoals ze zich thans heeft voorgedaan (*conditio sine qua non-test*).⁵⁸⁹⁰ Dit causaal verband zou allereerst op rechtstreekse wijze kunnen worden bewezen, bv. indien het immuunsysteem van een ontvanger met bloedgroep A een transplantaat met bloedgroep B afstoot of bv. indien kan worden aangetoond dat het transplantaat geïnfecteerd was en dat nu één of meerdere ontvangers dezelfde infectie vertonen, terwijl dit nog niet het geval was vóór de transplantatie.⁵⁸⁹¹

Het bewijs van een causaal verband kan echter een heus obstakel zijn, aangezien de schade zich vaak niet meteen na de transplantatie zal manifesteren en transplantatie-ongerelateerde oorzaken dus ook denkbaar kunnen zijn (bv. HIV-infectie door seksueel contact; ontstaan van kanker wegens immunosuppressiva).⁵⁸⁹² In dat geval zal het causaal verband op onrechtstreekse wijze moeten worden bewezen door alle andere redelijke alternatieven uit te sluiten.⁵⁸⁹³

Mocht het causaal verband tussen de fout en een bepaalde schade niet met voldoende zekerheid kunnen worden bewezen, dan zou ten slotte een beroep kunnen worden gedaan op de theorie van het verlies van een kans om alsnog een vergoeding te krijgen op basis van het causaal verband tussen de fout en een andere schade, namelijk het verlies van een kans op het vermijden van de huidige schade.⁵⁸⁹⁴ Indien er bv. sprake is van 80% kans dat de dood van de leverontvanger werd veroorzaakt door post-operatieve trombose en 20% kans dat ze is veroorzaakt door een bacteriële infectie overgedragen door de donorlever,⁵⁸⁹⁵ dan zou op basis van de verlies van een kans-leer vergoeding kunnen worden gekregen voor 20% van de schade, voor zover enkel de bacteriële infectie door een fout werd veroorzaakt.

§ 2. TOEPASSINGSGEVALLEN

1224. Zoals gezegd, zijn er bij orgaantransplantatie verschillende schadeverwekkers denkbaar. Hierna zal concreet aandacht worden besteed aan de foutaansprakelijkheid van het ziekenhuis

⁵⁸⁹⁰ T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 764 en 775.

⁵⁸⁹¹ Vgl. *Ravenis v. Detroit General Hospital* [1975], 234 N.W.2d 411 (Mich. App.) (hoornvlietransplantatie niet uitgevoerd in aseptische omstandigheden; de voorafbestaande toestand van de ontvanger verklaart de infectie niet; beide hoornvliesontvangers ontwikkelden dezelfde infectie; het dossier van de donor onthult het bestaan van een aantal risicofactoren voor infectie). Zie ook: M.G. ISON *et al.*, o.c. in X. (ed.), *NOTIFY*, 2011, (59) 67.

⁵⁸⁹² M. BELLO, "Tainted transplants", *Trial* 2012, 28. Zie ook: C. DALCQ, "La transmission des M.S.T. Responsabilité civile" in M. VINCINEAU (ed.), *Le SIDA: un défi aux droits*, Brussel, Bruylant, 1991, (283) 291; M.J. MILLER, o.c., *Ariz. L. Rev.* 1994, (473) 473.

⁵⁸⁹³ Vgl. *DeBattista v. Argonaut-Southwest Insurance Company* [1981] La., 403 So.2d 26 (Sup. Louis.) (het feit dat de bloeddonor geen hepatitis symptomen vertoonde sluit ziekteoverdracht niet uit omdat de voorafgaande test niet erg doeltreffend was; het betrof een betaalde donor; hepatitisoverdracht door bloedtransfusie kwam destijds vaak voor); Brussel 4 mei 1994, *RGAR* 1996, nr. 12.671, noot R.O.D (de donor was met HIV geïnfecteerd; uit de medische en sociale voorgeschiedenis van de ontvangers blijkt dat er geen andere risicofactoren voor HIV-infectie bestonden); Gent 24 april 1998, *T. Gez.* 1999-2000, 59-60, noot J. TER HEERDT (de ontvanger van het met HIV-geïnfecteerde bloed vertoonde geen risicogedrag, m.n. geen homoseksuele relaties, geen intraveneus druggebruik, geen andere medische ingrepen die tot ziekteoverdracht konden leiden; het ziekenhuis stond bekend voor het aanvaarden van bloeddonoren van dubieuze kwaliteit). Zie algemeen ook over dergelijke 'redenering via exclusie': T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 805-806.

⁵⁸⁹⁴ Vgl. I. LUTTE, "Transplantation d'organe au regard de la jurisprudence de la C.J.C.E.", (noot onder HvJ 10 mei 2001), *DCCR* 2002, (63) 70; J.-L. FAGNART, "Transplantation d'organe et responsabilité du fait des produits défectueux", (noot onder HvJ 10 mei 2001), *JT* 2002, (209) 211; N. ALBERT, "Les organes contaminés ne peuvent être assimilés à des « produits défectueux »", (noot onder Conseil d'État 27 januari 2010), *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* 2010, 2189. Zie algemeen: T. VANSWEEVELT, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Vol. I*, 2014, (1255) 1386 e.v.

⁵⁸⁹⁵ Voorbeeld ontleend aan: CAA Versailles 25 mei 2010, n°08VE02901, www.legifrance.gouv.fr.

en het (para-)medisch personeel (*infra* A), de Europese orgaanuitwisselingsorganisatie (*infra* B), de donor (*infra* C) en de overheid (*infra* D).

A. Het ziekenhuis en het (para-)medisch personeel

1225. Op het (para-)medisch personeel van de betrokken ziekenhuizen rusten verschillende kwaliteits- en veiligheidsverplichtingen, waarvan de schending een fout uitmaakt. In het licht van hun foutaansprakelijkheid komen hier meer bepaald de karakterisering (*infra* 1), de evaluatie en selectie (*infra* 2), het vervoer (*infra* 3) en de orgaanvigilantie (*infra* 4) uitgebreider aan bod.

1. Karakterisering

1226. Allereerst moeten (de artsen van) de transplantatiecentra vóór transplantatie alle donoren en alle organen ‘karakteriseren’.⁵⁸⁹⁶ De karakterisering wordt daarbij gedefinieerd als de verzameling van de relevante informatie over de kenmerken van de donor en het orgaan, die nodig is om de geschiktheid voor orgaandonatie en -transplantatie te beoordelen, teneinde een deugdelijke risicobeoordeling uit te voeren (*cf. infra* 2) en de risico’s voor de ontvanger zo klein mogelijk te maken en om de toewijzing van organen te optimaliseren.⁵⁸⁹⁷ Het belang van de karakterisering voor de ontvanger spreekt aldus voor zich.

De transplantatiecentra moeten in het algemeen zorgen voor werkprocedures over de concrete uitwerking van deze karakterisering.⁵⁸⁹⁸ Het gebrek aan adequate werkprocedures zal beschouwd worden als een fout die kan leiden tot aansprakelijkheid voor de daardoor veroorzaakte schade.⁵⁸⁹⁹ Evenzo behoort het tot de taken van het samenwerkingsverband “wegneming en transplantatie van organen” om hierover richtlijnen op te stellen.⁵⁹⁰⁰

1227. De wetgever heeft de omvang van de karakteriseringsplicht verder gepreciseerd. Zo werd in navolging van Richtlijn 2010/53/EU een lijst van karakteriseringsgegevens opgesteld. Deze lijst somt de gegevens op die door de transplantatiecentra verzameld moeten worden met het oog op een degelijke risico-batenanalyse.⁵⁹⁰¹ De Belgische lijst is duidelijk veel strenger dan de lijst van Richtlijn 2010/53/EU.⁵⁹⁰²

⁵⁸⁹⁶ De wet spreekt van ‘karakterisatie’. Correct Nederlands is echter ‘karakterisering’. Zie: art. 3 *ter*, § 1, lid 1 Orgaantransplantatiewet; art. 10/4 KB Transplantatiecentra, waar wordt gepreciseerd dat de karakterisering zelfs vóór de orgaanwegneming moet plaatsvinden. Conform art. 7, lid 1 Richtlijn 2010/53/EU. Dergelijke karakteriseringsplicht werd evenwel al vóór Richtlijn 2010/53/EU aanvaard: Advies over het programma inzake de erkenningscriteria van de centra voor orgaantransplantatie van 10 september 1998 van de Nationale Raad voor Ziekenhuisvoorzieningen, www.health.belgium.be, 2.

⁵⁸⁹⁷ Art. 1 *ter*, 4° en 7° Orgaantransplantatiewet; art. 1/1, 10°-12° KB Transplantatiecentra; art. 2, 9° en 10° KB Donorcoördinatie. Conform art. 3, f) en i) Richtlijn 2010/53/EU.

⁵⁸⁹⁸ Art. 10/3, 3° KB Transplantatiecentra. Conform art. 4, lid 2, c) Richtlijn 2010/53/EU.

⁵⁸⁹⁹ Bv. *Ravenis v. Detroit General Hospital*, 234 N.W.2d 411 (transplantatie van geïnfecteerd hoornvlies met blindheid tot gevolg; aansprakelijkheid van het ziekenhuis wegens een gebrek aan een procedure om te waarborgen dat de medische gegevens van de overleden hoornvliesdonor beschikbaar zouden zijn voor de chirurg). Vgl. inzake bloedtransfusie: *Snyder v. Mekhjian*, 582 A.2d 307 (N.J. Super. A.D. 1990).

⁵⁹⁰⁰ Art. 6, § 2, 2°, d) KB Samenwerkingsverband.

⁵⁹⁰¹ Art. 3 *ter*, § 1, lid 1 en Bijlage Orgaantransplantatiewet; art. 10/5 en bijlage 1 KB Transplantatiecentra; Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2011-12, nr. 53-2158/1, 6.

⁵⁹⁰² Vgl. Bijlage bij Richtlijn 2010/53/EU. Deze strengheid werd door de Privacycommissie in het licht van de doeleinden proportioneel geacht (advies nr. 13/2011 van 6 juli 2011 van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, <http://www.privacycommission.be>; advies nr. 26/2011 van 19 oktober 2011 van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, <http://www.privacycommission.be>). Zie ook: A.-C. SQUIFFLET, *o.c.*, *T. Gez.* 2010-11, (382) 395, nr. 40, waar de beperktere lijst van de richtlijn bekritiseerd werd. Zie ter illustratie van o.a. de fysiologische en klinische gegevens en de laboratoriumparameters: toelichting bij voorstel voor een Richtlijn, COM(2008) 818 (definitief), <http://eur-lex.europa.eu>, 26-29.

Allereerst vereist de Belgische lijst in de Orgaantransplantatiewet vier gegevens meer dan de lijst van Richtlijn 2010/53/EU.⁵⁹⁰³ Merk weliswaar op dat het model in de Orgaantransplantatiewet ook enigszins verschilt van de (recentere) lijst in de bijlage van het KB Transplantatiecentra, en dit ten goede. Zo vergeet de Orgaantransplantatiewet immers te preciseren dat de datum van overlijden enkel moet worden vermeld bij donatie na overlijden⁵⁹⁰⁴ en stelt ze in tegenstelling tot het KB Transplantatiecentra tweemaal dat de algemene gegevens over het ziekenhuis, waar de wegneming plaatsvindt, ook moeten worden ingezameld.

Vervolgens deelt Richtlijn 2010/53/EU de karakteriseringsgegevens op in ‘minimale’ gegevens (bijlage deel A) en ‘aanvullende’ gegevens (bijlage deel B). De minimale gegevensverzameling moet bij elke donatie plaatsvinden, terwijl de aanvullende gegevensverzameling slechts moet plaatsvinden indien het medisch team dit beslist op basis van o.a. de beschikbaarheid van de informatie en de bijzondere omstandigheden van het geval.⁵⁹⁰⁵ De Belgische regeling maakt dit onderscheid niet, aangezien de wetgever alle opgelijste gegevens absoluut noodzakelijk achtte voor een kwaliteitsvolle karakterisering.⁵⁹⁰⁶ Alle gegevens op de Belgische lijst moeten dus als verplichte minimumgegevens worden beschouwd.

Ten slotte laat Richtlijn 2010/53/EU de transplantatie zelfs toe wanneer niet alle minimale gegevens (bijlage deel A) beschikbaar zijn, op voorwaarde dat de risico-batenanalyse in een bijzonder geval (bv. een geval van leven of dood) uitwijst dat de verwachte baten voor de ontvanger opwegen tegen het risico van onvolledige gegevens.⁵⁹⁰⁷ De Belgische regeling voorziet niet in deze uitzondering, zodat in principe steeds alle gegevens van de lijst moeten worden verzameld. Dit moet weliswaar worden genuanceerd. Enerzijds zou alsnog een beroep kunnen worden gedaan op de rechtvaardigingsgrond van de noodtoestand⁵⁹⁰⁸ om (de artsen van) de transplantatiecentra enige beoordelingsmarge te geven in dringende omstandigheden.⁵⁹⁰⁹ Anderzijds geldt de Belgische lijst enkel voor de in België weggenomen organen en de in België behandelde donoren. Organen die afkomstig zijn vanuit het buitenland, moeten dus niet noodzakelijk gekarakteriseerd zijn conform de Belgische minimumgegevens. Bij het transplanteren van een orgaan, toegewezen door Eurotransplant vanuit het buitenland, heeft de arts volgens de wetgever dan een discretionaire bevoegdheid (lees: therapeutische vrijheid) om dit orgaan al dan niet te accepteren.⁵⁹¹⁰ Op deze beoordelingsmarge zal verder nog dieper worden ingegaan.

⁵⁹⁰³ In tegenstelling tot de bijlage bij Richtlijn 2010/53/EU vermeldt de Belgische lijst ook het HLA-type, de werkelijke geboortedatum (in plaats van de geschatte leeftijd), de testresultaten voor het cytomegalovirus en de warme en koude ischemie. Zie: memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2011-12, nr. 53-2158/1, 37. Vgl. ook: Eurotransplant Manual, [versie 3.0., 2013], www.eurotransplant.org, nrs. 3.2.2. en 9.2.4.2. Zie echter: Advies van de Raad van State, *Parl. St. Kamer* 2011-12, nr. 53-2158/1, 66, die het nuttig achtte om toch de geschatte leeftijd te aanvaarden.

⁵⁹⁰⁴ Beide modellen stellen evenwel dat de doodsoorzaak moet worden vermeld, maar ook hier werd beter gepreciseerd dat dit enkel bij donatie na overlijden nuttig is. Nu lijkt de karakterisering ook bij levende donatie niet afdoende te zijn gebeurd, indien de doodsoorzaak niet wordt vermeld, wat logischerwijze niet de bedoeling kan zijn.

⁵⁹⁰⁵ Art. 7, lid 1, al. 2 Richtlijn 2010/53/EU.

⁵⁹⁰⁶ Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2011-12, nr. 53-2158/1, 37.

⁵⁹⁰⁷ Considerans 13 en art. 7, lid 2 Richtlijn 2010/53/EU.

⁵⁹⁰⁸ In het burgerlijk recht geldt de noodtoestand als rechtvaardigingsgrond indien er sprake is van een waardenconflict waarbij een belang of recht wordt opgeofferd om een belang of recht dat minstens gelijk is aan of hoger is dan het opgeofferde belang of recht te vrijwaren van dadelijk en ernstig gevaar. Zie: T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 309. Zie reeds over de noodtoestand als een rechtvaardigingsgrond in het strafrecht *supra* Deel IV, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, D.1.

⁵⁹⁰⁹ Vgl. op strafrechtelijk vlak: H. NYS, “Recht en AIDS. Besmetting, opsporing en preventie strafrechtelijk en gezondheidsrechtelijk beschouwd”, *Panopticon* 1988, (8) 13.

⁵⁹¹⁰ Verslag BURGEON, *Parl. St. Kamer* 2011-12, nr. 2158/2, 21.

Op het eerste gezicht is deze strengere regeling inzake karakterisering geen probleem, aangezien niets belet dat een lidstaat een hogere graad van bescherming handhaaft.⁵⁹¹¹ De Raad van State waarschuwde wel dat dergelijke strenge karakteriseringsplicht ook een negatieve impact zou kunnen hebben op het aantal organen.⁵⁹¹² De praktijk zal moeten uitwijzen of deze karakteriseringsplicht haalbaar is in het licht van het orgaantekort.⁵⁹¹³

1228. In functie van het verkrijgen van de wettelijke gegevens valt de karakteriseringsplicht uiteen in een drietal sub-verplichtingen.⁵⁹¹⁴

Zo moet allereerst worden overgegaan tot een *lichamelijk onderzoek* van de donor.⁵⁹¹⁵ De lichamelijke onderzoeken op een levende donor moeten uiteraard uitgevoerd worden met naleving van de Wet Patiëntenrechten. In het geval van een overleden donor mag desgevallend het pluridisciplinair team van de functie “lokale donorcoördinatie” reeds overgaan tot de nodige functionele onderzoeken, waarvan de resultaten op basis van vast te stellen werkprocedures tijdig moeten worden overgemaakt aan het transplantatiecentrum.⁵⁹¹⁶ Ook na wegneming van het orgaan zal het donororgaan nog visueel geïnspecteerd moeten worden op beschadiging of pathologieën.⁵⁹¹⁷

Verder moet ook de *medische en sociale voorgeschiedenis* van de donor onderzocht worden. In dit verband werd bepaald dat ‘alle noodzakelijke informatie’ moet worden ingewonnen ofwel bij de levende donor ofwel, indien passend en mogelijk, bij de familie van de overleden donor of bij andere personen (bv. huisarts).⁵⁹¹⁸ In het geval van een overleden donor moet desgevallend het pluridisciplinair team van de functie “lokale donorcoördinatie” reeds overgaan tot de vereiste gesprekken, waarvan de resultaten op basis van vast te stellen werkprocedures tijdig moeten worden overgemaakt aan het transplantatiecentrum.⁵⁹¹⁹ Deze interviews dienen om nauwkeurig en objectief een anamnese te schetsen en snel bepaalde risicofactoren (bv. diabetes, roken, alcohol- of druggebruik) uit te sluiten.⁵⁹²⁰ Telkens moeten

⁵⁹¹¹ Art. 168, § 4, a) VWEU en art. 31, lid 2 Richtlijn 2010/53/EU.

⁵⁹¹² Advies van de Raad van State, *Parl. St. Kamer* 2011-12, nr. 53-2158/1, 57. Een te moeizame gegevensverzameling kan het donatie- en transplantatieproces onnodig vertragen. Wanneer de vele gegevens bovendien niet allemaal verzameld kunnen worden, zou er strikt genomen geen wegneming mogen plaatsvinden.

⁵⁹¹³ Zie reeds *supra* Afd. 1 van dit Hoofdstuk over het gevaar van te strikte kwaliteits- en veiligheidsnormen.

⁵⁹¹⁴ Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2011-12, nr. 53-2158/1, 18; considerans 12 Richtlijn 2010/53/EU; Eurotransplant Manual, [versie 3.0., 2013], www.eurotransplant.org, nr. 9.2.2.2.

⁵⁹¹⁵ Cf. met name Bijlage, 5° (doodsoorzaak), 8° (gewicht), 9° (lengte), 14° (basisinfo inzake de werking van het gedoneerde orgaan), 18° (fysieke en klinische gegevens) en 20° (beeldonderzoek) Orgaantransplantatiewet. Zie ook Bijlage KB Transplantatiecentra en Bijlage bij Richtlijn 2010/53/EU.

⁵⁹¹⁶ Art. 13, 7° en 8° KB Lokale donorcoördinatie. In dat geval moet het transplantatiecentrum nog steeds zelf overgaan tot karakterisering, maar mag het voortgaan op de uitslagen van de functionele onderzoeken die door de functie “lokale donorcoördinatie” werden bezorgd (art. 10/8 KB Transplantatiecentra).

⁵⁹¹⁷ B. VAN HAELEWIJCK, *Don d'organes. Don de tissu*, Brussel, Kluwer, 2002, 90; “24 uur voor een nieuw leven”, *magUZA* nr. 74, oktober 2008, www.maguza.be; Eurotransplant Manual, [versie 3.0., 2013], www.eurotransplant.org, nrs. 9.4.5.2. en 9.4.8. Vgl. *Gonzalez v. Katz*, 2006 WL 2424820 (Mass. Super) (aansprakelijkheid wegens nalatigheid bij het niet-ontdekken van kanker door tests en visuele inspectie is in theorie mogelijk); *Longnecker v. Loyola University Medical Center*, 891 N.E.2d 954 (Ill. App. 1 Dist. 2008) (inspectie inzake *coronary artery disease* en *hypertrophy*); *Univ. of Mississippi Medical Ctr. v. Gore*, 40 So.3d 545 (Miss. 2010), waar impliciet een verplichting tot visuele controle van de te transplanteren donornier werd erkend, maar niet tot aansprakelijkheid worden besloten omdat de scheur in de nierader, die de nier ongeschikt maakte voor transplantatie, niet zichtbaar was via visuele inspectie voor en tijdens de inplanting.

⁵⁹¹⁸ Art. 3ter, § 2 Orgaantransplantatiewet; art. 10/6 KB Transplantatiecentra. Conform art. 7, lid 3 Richtlijn 2010/53/EU.

⁵⁹¹⁹ Art. 13, 6° en 8° KB Lokale donorcoördinatie. In dat geval moet het transplantatiecentrum nog steeds zelf overgaan tot karakterisering, maar mag het voortgaan op de informatie die door de functie “lokale donorcoördinatie” werd bezorgd (art. 10/8 KB Transplantatiecentra).

⁵⁹²⁰ Considerans 12 Richtlijn 2010/53/EU. Zie specifiek Bijlage 10° (druggebruik), 11° (kwaadaardige neoplasie), 12° (overdraagbare ziekten), 17° (anamnese) en 21° (eerdere therapieën) Orgaantransplantatiewet. Zie ook Bijlage KB Transplantatiecentra en Bijlage Richtlijn 2010/53/EU. Het kan echter onmogelijk de bedoeling zijn om louter op basis van deze gesprekken daadwerkelijk “alle” informatie die noodzakelijk is voor de karakterisering, te achterhalen, zoals de wet en het KB Transplantatiecentra wel lijken voor te houden. Zie ook: memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 2011-12, nr. 53-2158/1, 19, waar wordt gesproken over “nuttige” informatie.

alle om informatie verzochte partijen attent gemaakt worden op het belang van een snelle informatieoverdracht.⁵⁹²¹ Redelijkerwijze moet worden aangenomen dat de karakteriseringsplicht ter aanvulling van deze interviews ook een zorgvuldig nazicht van het patiëntendossier impliceert.⁵⁹²²

Ten slotte moeten ook bepaalde *immunologische en virologische tests* worden uitgevoerd (o.a. HLA-tests, alsook HIV-, HBV-, HCV- en CMV-tests).⁵⁹²³ Voor deze tests moeten de transplantatiecentra een beroep doen op laboratoria die beschikken over bekwaam personeel,⁵⁹²⁴ alsook passende faciliteiten en apparatuur.⁵⁹²⁵ Via vast te stellen werkprocedures moet ervoor gezorgd worden dat de labo's de resultaten tijdig aan het transplantatiecentrum overmaken.⁵⁹²⁶ De bedoeling is om snel enkele specifieke tests te kunnen uitvoeren.⁵⁹²⁷ In het geval van een overleden donor mag desgevallend het pluridisciplinair team van de functie "lokale donorcoördinatie" reeds overgaan tot de afname van de nodige stalen, die op basis van vast te stellen werkprocedures tijdig moeten worden overgemaakt aan het transplantatiecentrum.⁵⁹²⁸

1229. Het naleven van de karakteriseringsverplichtingen uit de wet en de uitvoeringsbesluiten is noodzakelijk om foutaansprakelijkheid te vermijden, maar sluit deze aansprakelijkheid echter niet volledig uit. De betrokken actoren zullen immers nog steeds onderworpen zijn aan de algemene zorgvuldigheidsnorm. Deze norm zou desgevallend strenger kunnen zijn dan de wet en de uitvoeringsbesluiten. Zo gaf de wetgever zelf al terecht aan dat het, gelet op de mogelijke evoluties in de medische wetenschap, niet opportuun is om alle medische gegevens die in de praktijk nodig zijn, exhaustief bij wet vast te leggen.⁵⁹²⁹ Er bestaat dus nog een zekere marge waarbinnen de actoren zelf een afweging moeten maken tussen de voor- en nadelen van verdere gegevensverzameling. Om nu te bepalen of deze afweging al dan niet foutief werd gemaakt, moet er hoofzakelijk rekening worden gehouden met drie parameters.

Een eerste belangrijke parameter is de *urgentie* van de wegnemingsprocedure. Orgaanwegning bij een overleden donor moet in principe zo snel mogelijk gebeuren, gelet op het afsterven van de organen na het intreden van de dood. Hoe minder tijd er beschikbaar is, hoe minder karakteriseringsmaatregelen er dan ook redelijkerwijze kunnen worden genomen.

⁵⁹²¹ Art. 3ter, § 2, lid 3 Orgaantransplantatiewet; art. 10/6, lid 3 KB Transplantatiecentra. Conform art. 7, lid 3 *in fine* Richtlijn 2010/53/EU.

⁵⁹²² Verschillende gegevens die door de lijst in bijlage bij de Orgaantransplantatiewet en KB Transplantatiecentra vereist worden (o.a. anamnese, resultaten van onderzoeken en eerdere therapieën), zullen immers in een zorgvuldig bijgehouden patiëntendossier te vinden zijn (art. 9, § 1 Wet Patiëntenrechten). Vgl. *Ravenis v. Detroit General Hospital*, 234 N.W.2d 411 (hoornvliestransplantatie).

⁵⁹²³ Zie specifiek Bijlage 3° (HLA), 13° (HIV, HBV, HCV en CMV) en 19° (laboratoriumparameters) Orgaantransplantatiewet en KB Transplantatiecentra. Zie reeds vóór de invoering van deze regelgeving: Mondelinge vraag van de heer Jacques Germeaux aan de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid over "de veiligheidsmaatregelen inzake orgaantransplantatie en hondsdoelheid" en mondelinge vraag van de heer Hugo Vandenberghe aan de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid over "het testen van donororganen op hondsdoelheid", *Hand.* Senaat 2004-05, 24 februari 2005, (Vr. nr. 3-589 en 3-593).

⁵⁹²⁴ Zie in dit verband: KB van 2 juni 1993 betreffende het beroep van medisch laboratorium technoloog, *BS* 10 juli 1993.

⁵⁹²⁵ Art. 3ter, § 3 Orgaantransplantatiewet, waar aan de Koning de bevoegdheid wordt gegeven om in het kader van deze analyse de nadere regels voor deze laboratoria te bepalen, wat nog niet is gebeurd; art. 10/7 KB Transplantatiecentra. Conform art. 7, lid 4 Richtlijn 2010/53/EU. Zie specifiek voor hart- en hart-longttransplantatie: art. 45, 3° KB Cardiale pathologie.

⁵⁹²⁶ Art. 10/7 KB Transplantatiecentra. Conform art. 7, lid 5 Richtlijn 2010/53/EU.

⁵⁹²⁷ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2011-12, nr. 53-2158/1, 20.

⁵⁹²⁸ Art. 13, 8° KB Lokale donorcoördinatie. In dat geval moet het transplantatiecentrum nog steeds zelf overgaan tot karakterisering, maar mag het gebruikmaken van de stalen die door de functie "lokale donorcoördinatie" werden bezorgd (art. 10/8 KB Transplantatiecentra).

⁵⁹²⁹ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2011-12, nr. 53-2158/1, 37-38. De Koning kan ter aanvulling wel bijzondere criteria vastleggen in verband met de fysiologische, immunologische of histologische karakterisatie van de donor, de functionele karakterisatie van het orgaan, de opsporing van overdraagbare ziektes en de toestand van de patiënt (art. 3ter, § 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet). De Europese Commissie kan hetzelfde doen ten aanzien van de bijlage bij Richtlijn 2010/53/EU (artt. 24-28 Richtlijn 2010/53/EU). *Contra*: T. BOURGOIGNIE, C. BERT en J. DEBLONDE, *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, Brussel, Services fédéraux des affaires scientifiques, techniques et culturelles, 1996, 188, waar werd gesteld dat er wel een exhaustieve lijst van te detecteren aandoeningen moet worden uitgewerkt.

Anders zou het verdere oponthoud kunnen leiden tot verspilling van dringend nodige organen.⁵⁹³⁰ Zo had het donorziekenhuis in de Franse *Poussardin*-zaak het nagelaten om een bevestigende hepatitis C-test op een hersendode hartdonor uit te voeren toen de eerste test een verhoogd aantal antilichamen vertoonde. De *Conseil d'État* verwierp in dit geval de aansprakelijkheid van het donorziekenhuis op basis van het feit dat de transplantatie dringend vereist was.⁵⁹³¹ Zo ook oordeelde het hof van beroep te Parijs in de *Véronique*-zaak (hepatitis B-infectie ten gevolge van levertransplantatie) dat het gebrek aan een bevestigende test geen fout uitmaakte, aangezien de ontvanger dringend een lever nodig had en de bijkomende test te veel tijd in beslag zou hebben genomen.⁵⁹³² Ten slotte werd ook in de Franse *Mamadou*-zaak geoordeeld dat het ziekenhuis de transplantatie van een lever niet moest uitstellen in afwachting van een bloedcultuur waarvan de resultaten pas na twee dagen beschikbaar waren, aangezien de kwaliteit van het levertransplantaat (dat achteraf bacterieel geïnfecteerd bleek te zijn) niet zo lang bewaard kon blijven.⁵⁹³³ De urgentie zal in België van bijzonder belang zijn om op basis van de noodtoestand⁵⁹³⁴ uitzonderlijk te kunnen afwijken van de wettelijke karakteriseringslijst.

Vervolgens moet ook de *aard van het risico* in acht worden genomen. Deze parameter heeft vooral betrekking op de waarschijnlijkheid van het risico. In het algemeen is het testen op zeldzame risico's (bv. een hondsdoelheidinfectie)⁵⁹³⁵ niet kostenefficiënt en moeilijk om vol te houden.⁵⁹³⁶ Indien er echter toch indicaties van dergelijke risico's aanwezig zijn, dan kunnen deze risico's voorzienbaar worden geacht en zal een uitgebreidere test alsnog vereist zijn.⁵⁹³⁷ Logischerwijze zal er geen fout zijn indien het gebrek aan karakterisering betrekking heeft op risico's die op het moment van orgaanwegname nog niet bekend waren in de medische wetenschap (bv. nieuwe ziekten of gekende ziekten in een nieuwe context).⁵⁹³⁸

Ten slotte is zeker ook de *doeltreffendheid van de karakteriseringsmethode* van belang. In het algemeen betekent het vereiste van causaal verband dat enkel het nalaten van voorzorgsmaatregelen die de schade hadden kunnen voorkomen, kan leiden tot foutaansprakelijkheid.⁵⁹³⁹ Voor sommige risico's (bv. HIV en Hepatitis C) bestaat er wel een test, maar zal deze test pas doeltreffend zijn vanaf een bepaalde fase in de ontwikkeling van deze ziekte. Vóór dit moment is er dan sprake van een zgn. *window period*, waarin de ziekte al wel aanwezig is in de donor en overdraagbaar is, maar nog niet ontdekt kan worden.⁵⁹⁴⁰ Wanneer de test nu toevallig tijdens deze latente periode wordt uitgevoerd en een (vals) negatief resultaat oplevert, dan kan het niet ontdekken van het risico redelijkerwijze niet als een fout

⁵⁹³⁰ P. MCMASTER en D. MIRZA, "Precautions to Prevent Transmission of Infectious Agents in Organ Grafting" in Y. ENGLERT (ed.), *Organ and Tissue Transplantation in the European Union*, 1995, (27) 28 and 29; Memorie van toelichting Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 51; M. BELLO, o.c., *Trial* 2012, 28.

⁵⁹³¹ Cons. d'État 27 januari 2010, no. 313568 and 313712, www.lexisnexis.com. *Contra* ten aanzien van de eerdere uitspraak in deze zaak: CAA Lyon 20 december 2007, *AJDA* 2008, nr. 15, 826, noot D. MARGINEAN-FAURE.

⁵⁹³² CAA Parijs 18 januari 2006, *RDSS* 2007, 302, concl. B. FOLSHEID.

⁵⁹³³ CAA Versailles 25 mei 2010, n°08VE02901, www.legifrance.gouv.fr.

⁵⁹³⁴ Cf. over deze rechtvaardigingsgrond *supra* Deel IV, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, D.1.

⁵⁹³⁵ Mondelinge vraag van de heer Jacques Germeaux aan de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid over "de veiligheidsmaatregelen inzake orgaantransplantatie en hondsdoelheid" en mondelinge vraag van de heer Hugo Vandenberghe aan de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid over "het testen van donororganen op hondsdoelheid", *Hand.* Senaat 2004-05, 24 februari 2005, (Vr. nr. 3-589 en 3-593); A. SRINIVASAN et al., o.c., *N. Engl. J. Med.* 2005, (1103) 1109.

⁵⁹³⁶ M.G. ISON et al., o.c. in X. (ed.), *NOTIFY*, 2011, (59) 65-66.

⁵⁹³⁷ Vgl. *Basore v. Ayvazian* [2009] 2008 WL 5505489 (Mass.Super.) (Vreemde lymfeknopen opgemerkt tijdens longwegname; geen biopsie uitgevoerd, wat tot foutieve nalatigheid zou kunnen leiden).

⁵⁹³⁸ Vgl. *Kozup v. Georgetown University* [1987] 663 F.Supp. 1048 (Dist. Court Col.); *Hoemke v. New York Blood Center* [1990] 912 F.2d 550 (2nd Cir.); J. TER HEERDT, "Aansprakelijkheid bij hiv-besmetting: IPR- en causaliteitsproblemen" (noot onder Gent 24 april 1998), *T. Gez.* 1999-2000, (63) 66.

⁵⁹³⁹ *Pittman Estate v. Bain* [1994] 1994 CarswellOnt 928 (Supr. Ontar.).

⁵⁹⁴⁰ P. MCMASTER en D. MIRZA, o.c. in Y. ENGLERT (ed.), *Organ and Tissue Transplantation in the European Union*, 1995, (27) 28; M.G. ISON et al., o.c., *Am. J. Transpl.* 2011, (1218) 1222.

worden beschouwd.⁵⁹⁴¹ In het algemeen moet worden aangenomen dat de zorgvuldigheidsnorm geen verplichting bevat om risico's te ontdekken die niet ontdekt kunnen worden. Door het risico op dergelijke valse negatieve testresultaten worden andere karakteriseringsmethoden, met name interviews met betrekking tot de voorgeschiedenis van de donor, des te belangrijker geacht.⁵⁹⁴² Nochtans kunnen deze interviews eveneens onbetrouwbaar zijn, aangezien de respondent mogelijk dingen vergeten is, de vraag niet begrijpt of het gewoonweg niet weet.⁵⁹⁴³ Bovendien zal bv. de visuele inspectie van een orgaan evenmin steeds kankers e.d. kunnen onthullen (bv. kanker die diep in het orgaan gesitueerd zijn of die gemetastaseerd zijn).⁵⁹⁴⁴ Natuurlijk zullen het medische team, het labopersoneel of het ziekenhuis wél aansprakelijk kunnen zijn indien de ondoeltreffendheid van de karakteriseringsmethode op zich veroorzaakt is door een fout (bv. verkeerde labels, verwisseling van het staal, onzorgvuldig uitvoering van de test, onduidelijke communicatie e.d.).⁵⁹⁴⁵

1230. Het transplantatiecentrum dat het orgaan krijgt toegewezen, is niet noodzakelijk hetzelfde centrum als hetgeen dat de karakterisering uitvoerde. Tijdens het vervoer van het ene naar het andere ziekenhuis zal het orgaan dan ook steeds vergezeld moeten gaan van een karakteriseringsrapport.⁵⁹⁴⁶ Het centrum dat de transplantatie wil uitvoeren, mag daartoe slechts overgaan nadat het heeft kunnen vaststellen dat de karakterisering conform de eerder besproken regels heeft plaatsgevonden (en nadat de betreffende karakteriseringsgegevens werden gecorrigeerd met de kenmerken van de ontvanger).⁵⁹⁴⁷ Deze verifiëringsplicht wil m.i. echter niet zeggen dat het transplantatiecentrum alle testen en onderzoeken moet herhalen of toetsen op hun deugdelijkheid. Het transplantatiecentrum zal mogen vertrouwen op de karakterisering voor zover dit naargelang de omstandigheden redelijk is.⁵⁹⁴⁸ Foutaansprakelijkheid zou dus wel mogelijk zijn in zoverre dit centrum een redelijke verifiëringsmogelijkheid had (bv. visuele inspectie van het orgaan; opmerken van onzekerheden of inconsistenties in het medisch dossier).⁵⁹⁴⁹

⁵⁹⁴¹ B. DICKENS, "Donation and transplantation of organs and tissues" in A. GRUBB (ed.), *Principles of medical law*, Oxford, Oxford University Press, 2004 (2^{de} ed), 1073; N. NEFUSSY-LEROY, *Organes humains: prélèvements, dons, transplantations*, Parijs, Eska, 1999, 206-207.

⁵⁹⁴² Commission staff working document – Impact Assessment, SEC(2007) 704, <http://eur-lex.europa.eu>, 15 en 64. Vgl. ook: Doe v. University Hospital of the New York University Medical Center [1990] 148 Misc.2d 756 (Sup.N.Y.) (de onbeschikbaarheid van een adequate test sluit de foutieve nalatigheid wegens het niet afnemen van interviews niet uit).

⁵⁹⁴³ M.G. ISON *et al.*, o.c. in X. (ed.), *NOTIFY*, 2011, (59) 62.

⁵⁹⁴⁴ I. PENN, "Precautions to be Taken to Prevent Transmission of Neoplastic Diseases in the Grafting Process" in Y. ENGLERT (ed.), *Organ and Tissue Transplantation in the European Union*, 1995, (47) 54.

⁵⁹⁴⁵ X., "Organ Donation and Transplantation" in S. SANBAR *et al.* (eds.), *Legal Medicine*, St. Louis, Mosby, 2004 (6^{de} ed.), (271) 281; T. VANSWEEVELT, *Aids en recht. Een aansprakelijkheids- en verzekeringsrechtelijke studie*, Antwerpen, Maklu, 1989, 78; Eurotransplant Manual, [versie 2.0., 2013], www.eurotransplant.org, nr. 10.1. (verantwoordelijkheid van het weefseltyperingslabo). Zie bv.: Corr. Leuven 20 mei 2003, *T. Gez.* 2004-2005, 228 (aansprakelijkheid van labopersoneel wegens verkeerde labels).

⁵⁹⁴⁶ Art. 10/12 KB Transplantatiecentra. Conform art. 8, lid 1, c) Richtlijn 2010/53/EU.

⁵⁹⁴⁷ Art. 10/9 KB Transplantatiecentra. Conform art. 9, lid 3, a) Richtlijn 2010/53/EU.

⁵⁹⁴⁸ Vgl. Cons. D'Etat 27 January 2010, no. 313568 and 313712, www.lexisnexis.com; Corr. Leuven 20 mei 2003, *T. Gez./Rev. Dr. Santé* 2004-05, 228; Rb. Amsterdam 3 februari 1999, *NJ* 1999, nr. 621; R. RODIÈRE, noot onder Cass. 17 december 1954, *D. jurisprudence* 1955, (269) 271; Longnecker v. Loyola University Medical Center, 891 N.E.2d 954 (Ill.App. 1 Dist. 2008); Kelly v. Fenton, 2012 WL 1359760 (N.Y. Sup.); K. McK. NORRIE, "Human tissue transplants: legal liability in different jurisdictions", *Int. & Comp. L.Q.* 1985, (442) 445-446; T. VANSWEEVELT, *Aids en recht*, 1989, 80; P. JOURDAIN, "La responsabilité civile des centres de transfusion sanguine et des cliniques en cas de contamination de transfusés par la VIH: la Cour de cassation prend position", (noot onder Cass. Fr. 12 april 1995), *JCP* 1995, nr. 22467, (288) 290; H. NYS, o.c., *Panopticon* 1988, (8) 13.

⁵⁹⁴⁹ Bv. *Shierts v. University of Minnesota Physicians*, 2014 WL 7344014 (CA Minn.) (ontvanger overleden door kanker overgedragen via een donorpancreas; aanvaarden van deze pancreas is volgens de deskundige foutief aangezien het medisch dossier indicaties bevat dat de doodsoorzaak mogelijk zou kunnen bestaan in een ziekte die het orgaan ongeschikt maakt voor transplantatie) Zie ook: H. ANRYS, *La responsabilité civile médicale*, Brussel, Larcier, 1974, 129, die verwijst naar een onuitgeven uitspraak van de rechtbank van eerste aanleg te Brussel (26 juni 1964, R.G. 8.996 and 9.054); J. SENNESAE, "Transmission of Information from Donor to Recipient team" in Y. ENGLERT (ed.), *Organ and Tissue Transplantation in the European Union*, 1995, (56) 58; Cass. Fr. 12 april 1995, *JCP* 1995, nr. 22.467, noot P. JOURDAIN.

2. Evaluatie en selectie

1231. Voor de transplantatie moeten de artsen van de transplantatiecentra vervolgens de donoren/organen evalueren en beslissen om ze al dan niet te selecteren voor hun kandidaat-ontvangers.⁵⁹⁵⁰ De evaluatie en selectie moet overeenkomstig artikel 3, § 1, lid 1 Orgaantransplantatiewet worden uitgevoerd op basis van de gezondheidstoestand van de donor en zijn medische antecedenten. In feite kunnen de evaluatie en selectie begrepen worden als een ‘risicobeoordeling’ zoals bedoeld in de wettelijke definitie van ‘karakterisering’.⁵⁹⁵¹ Bijgevolg mag worden aangenomen dat de evaluatie en selectie moeten gebeuren op basis van alle verzamelde karakteriseringsgegevens. Het samenwerkingsverband “wegneming en transplantatie van organen” moet hiertoe richtlijnen opstellen.⁵⁹⁵²

De evaluatie en uiteindelijke selectie van het orgaan gebeurt met het oog op de inplanting bij de ontvanger, die strikt genomen tot het misdrijf ‘slagen en verwondingen’ (art. 398 e.v. Sw.) leidt. Voor de geoorloofdheid van deze inplanting zal dan ook een beroep moeten worden gedaan op de leer van de strafrechtelijke immuniteit van de arts.⁵⁹⁵³ In functie hiervan kan dan worden gesteld dat de evaluatie- en selectiefase juridisch *grosso modo* twee facetten kent. Enerzijds moeten de artsen van het transplantatiecentrum een objectieve evenredigheidsafweging maken (*infra* a). Anderzijds moet ook de kandidaat-ontvanger zijn geïnformeerde toestemming geven (*infra* b).

a. Evenredigheid

1232. Algemeen wordt aanvaard dat de verbintenissen van artsen en ziekenhuizen in principe als ‘inspanningsverbintenissen’ moeten worden gekwalificeerd. Dit wil zeggen dat ze zich slechts verbinden tot het leveren van een bepaalde inspanning om een bepaald resultaat (m.n. de genezing van de patiënt) te bereiken.⁵⁹⁵⁴ Sommige Belgische en Franse rechters erkennen weliswaar het bestaan van een ‘veiligheidsverbintenis’ op basis waarvan enkel bloed en weefsels die vrij zijn van gebreken zoals infecties mogen worden geselecteerd en verstrekt.⁵⁹⁵⁵ Dergelijke verbintenis werd meer bepaald als een resultaatsverbintenis gekwalificeerd. Dit betekent dus dat de leverancier van het bloed of de weefsels geacht werd een fout te hebben begaan zodra de ontvanger bewees dat het resultaat niet was bereikt, m.a.w. dat het geselecteerde bloed of weefsel besmet was, ook al kon de besmetting niet ontdekt worden. De leverancier kon aan aansprakelijkheid enkel nog ontsnappen indien hij bewees dat er geen causaal verband bestond tussen zijn fout en de schade van de ontvanger.⁵⁹⁵⁶ Met betrekking tot transplantatie van gebrekkige organen kan m.i. echter niet zo gemakkelijk een resultaatsverbintenis worden aanvaard, en wel om de volgende drie redenen.

⁵⁹⁵⁰ Cf. art. 9 en impliciet ook art. 10/9 KB Transplantatiecentra.

⁵⁹⁵¹ Cf. art. 1ter, 4° en 7° Orgaantransplantatiewet. Zie ook al *supra* Deel II, Hoofdstuk III, Afd. 2, § 2, A.

⁵⁹⁵² Art. 6, § 2, 2°, e) KB Samenwerkingsverband.

⁵⁹⁵³ Zie uitvoerig *supra* Deel IV, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2.

⁵⁹⁵⁴ T. VANSWEEVELT, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Vol. I*, 2014, (1255) 1274 en 1276.

⁵⁹⁵⁵ België: Rb. Gent 16 april 2007, *T. Gez.* 2007-2008, 370, noot C. LEMMENS (Geïnfecteerd hoornvlies; veiligheidsverbintenis bij wijze van resultaatsverbintenis, gebaseerd op de veronderstelling dat het gebruik van onbesmet donormateriaal niet afhangt van een aleatorisch resultaat en dat het ziekenhuis en de arts zich in feite in een machtspositie t.a.v. va, de ontvanger bevindt); Luik 15 november 2006, *RGAR* 2008, nr. 14.352 (bloed geïnfecteerd met Hepatitis C; veiligheidsverbintenis bij wijze van resultaatsverbintenis gebaseerd op het niet-aleatorisch karakter van het verstrekken van ziektevrij bloed). Frankrijk: Cass. Fr. 12 april 1995, *JCP* 1995, nr. 22.467, noot P. JOURDAIN (bloed geïnfecteerd met HIV); Cass. Fr. 9 juli 1996, *D.* 1996, 610, noot Y. LAMBERT-FAIVRE (bloed geïnfecteerd met HIV).

⁵⁹⁵⁶ T. VANSWEEVELT, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Vol. I*, 2014, (1255) 1274-1275.

Ten eerste wordt aangenomen dat resultaatsverbintenissen tot stand komen wanneer dit het naleven van een wettelijk gebod of verbod betreft.⁵⁹⁵⁷ Inzake orgaantransplantatie moet er echter op worden gewezen dat de wet, in tegenstelling tot voor de karakterisering, geen concrete evaluatie- en selectiecriteria oplegt. In Richtlijn 2010/53/EU werd er van uitgegaan dat de baten van orgaandonatie en –transplantatie groot zijn en er daarom ook grotere risico's kunnen worden aanvaard dan bij handelingen met bloed of met de meeste weefsels en cellen.⁵⁹⁵⁸ De bedoeling was dan ook om aan de artsen een beoordelingsmarge te gunnen opdat er gebruik zou kunnen worden gemaakt van zogenaamde marginale of *expanded/extended criteria* donoren.⁵⁹⁵⁹

Dit zijn donoren die minder goed scoren op het vlak van kwaliteit en veiligheid (bv. *non-heart-beating* donoren,⁵⁹⁶⁰ bepaalde bloedgroepincompatibele donoren of donoren met factoren zoals een hoge leeftijd,⁵⁹⁶¹ diabetes, overgewicht, bepaalde infecties, een verleden van kanker of verhoogde bloeddruk).⁵⁹⁶² Het aanvaarden van deze donoren als bijkomende bron van organen zal het terugdringen van het orgaantekort ten goede kunnen komen.⁵⁹⁶³ Door de daling van het aantal dodelijke verkeersslachtoffers en de vergrijzing zijn er steeds minder jonge kwaliteitsorganen beschikbaar, zodat marginale donoren van bijzonder belang lijken te zijn voor de toekomst.⁵⁹⁶⁴

Ten tweede wordt aangenomen dat een resultaatsverbintenis ook tot stand kan komen op basis van de uitdrukkelijke gemeenschappelijke wil van de partijen.⁵⁹⁶⁵ Inzake orgaantransplantatie kan het echter goed zijn dat deze wil helemaal niet duidelijk is, dan wel dat de ontvanger (na geïnformeerd te zijn) het risico op een kwaliteits- en veiligheidsgebrek aanvaardt.

Ten slotte wordt aangenomen dat een resultaatsverbintenis bij gebrek aan een duidelijke partijwil ook op basis van de impliciete wil van de partijen tot stand kan komen. Deze impliciete wil wordt dan met name aanwezig geacht wanneer het resultaat van de verbintenis geen

⁵⁹⁵⁷ T. VANSWEEVELT, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Vol. I*, 2014, (1255) 1279.

⁵⁹⁵⁸ Considerans 11 Richtlijn 2010/53/EU.

⁵⁹⁵⁹ Commission staff working document – Impact Assessment, SEC (2008) 2956, <http://eur-lex.europa.eu>, 67 en 81; resolutie van het Europees Parlement van 22 april 2008 over orgaandonatie en –transplantatie: beleidsmaatregelen op EU-niveau (2007/2210(INI)), *Pb. C*, 29 oktober 2009, afl. 259, 4.

⁵⁹⁶⁰ Zie specifiek voor België: D. MONBALIU *et al.*, “Liver Transplantation from Non-Heart-Beating Donors: Current Status and Future Prospects in an Experimental Model”, *Acta Chir. Belg.* 2008, (45) 45; O. DETRY *et al.*, “Liver transplantation from donation after cardiac death donors: initial Belgian experience 2003-2007”, *Transpl. Int.* 2010, (611) 612; Eurotransplant Manual, [versie 4.0., 2013], www.eurotransplant.org, nr. 5.3.10.1.3. Zie ook al *supra* Deel V, Hoofdstuk I, Afd. 3, § 1, B.2.b.

⁵⁹⁶¹ Bv. CAA Versailles 25 mei 2010, n°08VE02901, www.legifrance.gouv.fr (geen fout wegens transplantatie van een lever van een 69-jarige donor bij een 47-jarige ontvanger).

⁵⁹⁶² “Organ Donation and Transplantation Policy Options at EU Level. Consultation Document”, <http://ec.europa.eu>, 11-12; R. MARAZUELA, B. DOMÍNGUEZ-GIL and A. RAHMEL, “EFRETOS: EU organ project with V&S as part of recipient follow-up” in X. (ed.), *NOTIFY*, 2011, (24) 24; A.J. CRONIN en J.F. DOUGLAS, o.c., *Med. L. Rev.* 2013, vol. 21, (448) 450-452; A. CAPLAN *et al.*, *Trafficking in organs, tissues and cells and trafficking in human beings for the purpose of the removal of organs*, Joint Council of Europe/United Nations study, 2009, <http://www.coe.int>, 26.

⁵⁹⁶³ G.M. ABOUNA, “Organ Shortage Crisis: Problems and Possible Solutions”, *Transpl. Proc.* 2008, vol. 40, (34) 35-36; A. CRONIN, “Making the margins mainstream: strategies to maximise the donor pool” in A.-M. FARRELL, D. PRICE en M. QUIGLEY (eds.), *Organ shortage: ethics, law, and pragmatism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, (104) 105.

⁵⁹⁶⁴ Mondelinge vraag van mevrouw Lieve Van Ermen aan de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid over “orgaandonatie”, *Hand. Senaat* 2007-08, 24 januari 2008, 20 (Vr. nr. 4-110); *Vr. en Antw.* Kamer 1999-00, 28 december 1999, 1948 (Vr. nr. 46 Y. LETERME); *Vr. en Antw.* Senaat 2006-07, 16 februari 2007, 10724 (Vr. nr. 3-7084 DE ROECK); *Vr. en Antw.* Kamer 2010-11, 27 september 2010, 29 (Vr. nr. 73 D. DUCARME). *Vr. en Antw.* Kamer 1999-00, 28 december 1999, (Vr. nr. 46 Y. LETERME); *Vr. en Antw.* Kamer 1999-00, 28 december 1999, (Vr. nr. 46 Y. LETERME). *Vr. en Antw.* Kamer 2011-12, 18 januari 2012, Vr. nr. 189 P. LOGGHE “Dubbel zoveel orgaandonoren in twee jaar tijd”, *De Morgen* 11 mei 2007, 3; European Parliament resolution of 19 May 2010 in the Commission Communication: Action plan on Organ Donation and Transplantation (2009-2015): Strengthened Cooperation between Member States (2009/2104(INI)), <http://www.europarl.europa.eu>, litt. S en nr. 26.

⁵⁹⁶⁵ T. VANSWEEVELT, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Vol. I*, 2014, (1255) 1275 en 1280.

aleatorisch of onzeker karakter vertoont.⁵⁹⁶⁶ Het is immers aannemelijk dat de arts of het ziekenhuis zich dan tot dit resultaat, en niet tot een loutere inspanning, hebben verbonden. Inzake orgaantransplantatie moet worden aangenomen dat het selecteren en transplanteren van een orgaan zonder kwaliteits- en veiligheidsgebreken niet steeds mogelijk is in de huidige stand van de wetenschap, zodat er veeleer sprake zal zijn van een aleatorisch karakter en een resultaatsverbintenis niet aannemelijk lijkt.

Bijgevolg zal de evaluatie en selectie van donor/organen dan ook veeleer als een inspanningsverbintenis moeten worden gekwalificeerd.⁵⁹⁶⁷ Het selecteren en transplanteren van een geïnfecteerd orgaan is dus alvast niet automatisch een fout. In principe zal de arts over een therapeutische vrijheid (art. 31 Wet Uitoefening Gezondheidszorgberoepen) beschikken. Deze vrijheid wordt zoals bij iedere inspanningsverbintenis echter nog wel beperkt door de algemene zorgvuldigheidsnorm. Concreet zal dit hoofdzakelijk neerkomen op de toepassing van het evenredigheidsprincipe.⁵⁹⁶⁸ Zo zal er geen sprake zijn van een fout wanneer de voordelen van de orgaantransplantatie opwegen tegen het kwaliteits- en veiligheidsgebrek.

1233. De vraag is nu hoe moet worden bepaald of de selectie van een orgaan met een kwaliteits- of veiligheidsgebrek redelijkerwijze evenredig is. Hiervoor zijn hoofdzakelijk twee categorieën van parameters relevant.

De eerste categorie heeft betrekking op de *aard van het kwaliteits- en veiligheidsrisico*. Hierbij moet onder meer rekening worden gehouden met de ‘behandelbaarheid’ indien het risico zich voordoet. Zo is bv. een CMV-infectie erg vatbaar voor overdracht en kan ze een aanzienlijke morbiditeit veroorzaken. Niettemin is profylaxe mogelijk, wat het uiteindelijke risico afzwakt en dus pleit vóór transplantatie.⁵⁹⁶⁹ In die zin oordeelde het Regionaal Tuchtcollege te ’s-Gravenhage reeds met betrekking tot een vrouw die ten gevolge van een niertransplantatie een CMV-infectie opliep. Een andere relevante factor is de ‘waarschijnlijkheid’ dat het risico zich voordoet. Zo werd bv. in de Franse *Poussardin*-zaak het lage risico dat de donor geïnfecteerd zou zijn met Hepatitis B, beschouwd als één van de elementen op basis waarvan de rechter het bestaan van een fout wegens het transplanteren van een geïnfecteerd hart afwees.⁵⁹⁷⁰

De tweede categorie van evenredigheidsparameters heeft betrekking op de *toestand van de ontvanger*. Één van deze parameters betreft het voorafbestaan van de overdraagbare ziekte bij de ontvanger. Terwijl bv. een donor met Hepatitis C in principe moet worden uitgesloten, is het niettemin aanvaardbaar dat zijn organen getransplanteerd worden bij ontvangers die reeds met Hepatitis C geïnfecteerd zijn (*viral positive-to-positive transplantation*).⁵⁹⁷¹ De urgentie van de transplantatie, die ook te maken heeft met het gebrek aan alternatieven, is eveneens een

⁵⁹⁶⁶ T. VANSWEEVELT, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Vol. 1*, 2014, (1255) 1275-1276 en 1281 e.v.

⁵⁹⁶⁷ Vgl. T. VANSWEEVELT, *Aids en recht*, 1989, 77-78; M.-A. HERMITTE, o.c. in R. CARVAIS en M. SASPORTES (eds.), *La greffe humaine*, Parijs, Presses universitaires de France, 2000, (701) 718. Zie ook over de transplantatie in het algemeen : J.F. RANG, “Gezondheidsrechtelijke aspecten van familiedonatie bij niertransplantatie”, *TvGR* 1979, (14) 20; N. NEFUSSY-LEROY, *Organes humains*, 1999, 202 ; F. EWALD, “Transplantation et principe de précaution” in M.-J. THIEL (ed.), *Donner, recevoir un organe: droit, dû, devoir*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2009, (312) 317.

⁵⁹⁶⁸ Cf. *supra* Deel IV, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, D. Zie ook: M.-A. HERMITTE, o.c. in R. CARVAIS en M. SASPORTES (eds.), *La greffe humaine*, 2000, (701) 718 ; Memorie van toelichting Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nrs. 48 en 51-52.

⁵⁹⁶⁹ N. NEFUSSY-LEROY, *Organes humains*, 1999, 205; A.J. CRONIN en J.F. DOUGLAS, “Non-standard kidneys for transplants: clinical margins, medical morality, and the law”, *Med. L. Rev.* 2013, vol. 21, (448) 451.

⁵⁹⁷⁰ Cons. d’État 27 januari 2010, no. 313568 en 313712, www.lexisnexis.com.

⁵⁹⁷¹ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2011-12, nr. 53-2158/1, 15; INSERM, *Transplantation d’organes – Quelles voies de recherche?*, Parijs, Les éditions Inserm, 2009, 307; M.G. ISON *et al.*, o.c., *Am. J. Transpl.* 2011, 1222. Zie bv. ook inzake HIV-besmette donoren: “Pad geëffend voor transplantaties tussen hiv-dragers”, *De Standaard* 30 oktober 2008.

relevante parameter.⁵⁹⁷² Zo werd bv. in de Franse *Poussardin*-zaak de aansprakelijkheid voor het transplanteren van een geïnfecteerd hart afgewezen onder meer omdat de harttransplantatie, bij gebrek aan therapeutische alternatieven, dringend nodig was om het leven van de ontvanger te redden.⁵⁹⁷³ In de Amerikaanse *Hightower*-zaak leek de rechter zelfs te overwegen dat transplantatie van een nier met een hoog risico op HIV- en Hepatitis C-overdracht niet foutief was, omdat de transplantatie niet onnodig was, hoewel hiermee gewacht kon worden nu het nierfalen onder controle was dankzij de dialysebehandeling.⁵⁹⁷⁴ Dergelijke niertransplantatie zou inderdaad evenredig kunnen zijn naargelang de concrete omvang van het risico in kwestie. Transplantatie met een nier van minder goede kwaliteit zou immers nog steeds betere resultaten voor de ontvanger kunnen opleveren dan het alternatief van dialyse.⁵⁹⁷⁵ Indien er echter geen alternatief voor transplantatie bestaat, dan zal het soms echter beter zijn om het orgaanaanbod af te slaan en te wachten op een orgaan van betere kwaliteit. Het falen van het orgaan van minder goede kwaliteit zou anders immers kunnen leiden tot de dood van ontvanger, nu een onmiddellijke hertransplantatie niet steeds mogelijk zal zijn.⁵⁹⁷⁶

b. Geïnformeerde toestemming

1234. Ook de kandidaat-ontvanger moet betrokken worden bij de donor-/orgaanselectie. Hij heeft namelijk een recht op een geïnformeerde en voorafgaandelijke toestemming bij iedere tussenkomst, zoals *in casu* de orgaantransplantatie.⁵⁹⁷⁷ De patiënt moet daartoe geïnformeerd worden over onder andere de risico's van de tussenkomst.⁵⁹⁷⁸ Dit omvat de gekende of redelijkerwijze te verwachten kwaliteits- en veiligheidsrisico's verbonden aan het orgaan.⁵⁹⁷⁹ Zelfs indien de transplantatie van het risicovolle orgaan evenredig was, dan nog zou de schending van het recht op geïnformeerde toestemming van de ontvanger dus een fout van de arts kunnen uitmaken.

Algemeen wordt aanvaard dat de informatieplicht zich echter enkel uitstrekt tot de 'relevante' risico's. Dit zijn, zoals gezegd, alle risico's waarvan de arts weet of hoort te weten dat ze voor een redelijke patiënt, geplaatst in dezelfde omstandigheden, relevant zijn om te kunnen toestemmen.⁵⁹⁸⁰ De uitspraak in de Amerikaanse zaak *Good v. Presbyterian Hospital in the City of New York* biedt een goede gelegenheid om het vereiste van geïnformeerde toestemming te duiden in het licht van kwaliteit en veiligheid van organen. In de *Good*-zaak werd schadevergoeding gevorderd voor het feit dat er niet was geïnformeerd over de gekende

⁵⁹⁷² Memorie van toelichting Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nrs. 48 en 52 (m.n. indien de dood het enige alternatief is).

⁵⁹⁷³ Cons. d'État 27 januari 2010, no. 313568 en 313712, www.lexisnexis.com. Zie ook: *Kelly v. New York Organ Donor Network* [2012] 35 Misc.3d 1212(A) (Supr. Suffolk) (volgens het deskundigenverslag zou extreme nood het gebruik van een nierdonor met bacteriële meningitis kunnen rechtvaardigen); *Sanchez v. Martin* [2012] 378 S.W.3d 581 (Tex.App. – Dallas) (de ontvanger verkeerde niet in een levensbedreigende toestand, zodat een *high risk* levertransplantatie volgens het deskundigenverslag niet verantwoord was); "Liever long van verstokte roker dan op wachtlijst blijven", *De Morgen* 30 mei 2012.

⁵⁹⁷⁴ *Hightower v. Baylor University Medical Center* [2011] 348 S.W.3d 512 (Tex.App. – Dallas).

⁵⁹⁷⁵ A.J. CRONIN en J.F. DOUGLAS, o.c., *Med. L. Rev.* 2013, vol. 21, (448) 451, 455 and 463.

⁵⁹⁷⁶ M.L. VOLK, o.c., *Law & Contemp. Probs.* 2014, (337) 338.

⁵⁹⁷⁷ Art. 2 *iuncto* art. 8, § 1 Wet Patiëntenrechten.

⁵⁹⁷⁸ Art. 8, § 2 Wet Patiëntenrechten.

⁵⁹⁷⁹ Zie ook: Memorie van toelichting Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 51; D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, 427 en 430; A.J. CRONIN en J.F. DOUGLAS, o.c., *Med. L. Rev.* 2013, vol. 21, (448) 462; *St. Vincent Medical Center v. Los Angeles County Superior Court* [2002] 2002 WL 31412763 (Cal.App. 2 Dist.) (Hepatitis B-infectie ten gevolge van een niertransplantatie; vereiste van *informed consent* impliciet erkend).

⁵⁹⁸⁰ T. VANSWEEVELT en S. TACK, "Het recht op gezondheidstoestandinformatie en geïnformeerde toestemming" in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (331) 357. Zie ook al *supra* Deel IV, Hoofdstuk III, Afd. 5, § 5.

CMV-positieve status van een hart-longdonor. De rechter wees deze vordering af met onder meer de verklaring dat hart-longdonoren zeldzaam zijn en veel donoren sowieso CMV-positief zijn.⁵⁹⁸¹ De rechter baseerde zich m.a.w. op de hoge frequentie van het CMV-risico. In tegenstelling tot wat de rechter in de *Good*-zaak voorhield, is een hoge risicofrequentie op zichzelf echter veeleer een element dat pleit vóór informatieverstrekking.⁵⁹⁸² Zo zal bv. het feit dat een longdonor gedurende een decennium dagelijks sigaretten rookte informatie zijn die een redelijke ontvanger normaal wel zou willen weten met het oog op het risico op longkanker.⁵⁹⁸³ Andersom zal het risico op ontwikkeling van een kwaadaardig cerebraal lymfoom ten gevolge van een CMV-infectie na niertransplantatie relatief klein worden geacht, zodat het nalaten om hierover te informeren geen fout zal uitmaken.⁵⁹⁸⁴ Weliswaar moet niet enkel de risicofrequentie, maar ook de ernst van het risico in rekening worden gebracht.⁵⁹⁸⁵ Zoals eerder gezegd kan een CMV-infectie goed beheerst worden, zodat er niet echt sprake zal zijn van een ernstig risico. Dit pleit dan weer tegen informatieverstrekking over dit risico. Naast de risicofrequentie en de ernst van het risico moet ten slotte ook rekening worden gehouden met de persoon van de ontvanger (bv. lichamelijke gesteldheid, persoonlijkheid).⁵⁹⁸⁶ Indien de ontvanger er wegens zijn sociale of religieuze overtuiging naar vraagt, dan kan ook niet-medische informatie (bv. nationaliteit of gevangenenstatus van de donor) relevant worden.⁵⁹⁸⁷

Zelfs indien de karakterisering geen concreet kwaliteits- of veiligheidsrisico aan het licht bracht, kan worden aangenomen dat een redelijke ontvanger nog steeds in het algemeen zou willen worden geïnformeerd over het feit dat sommige kwaliteits- en veiligheidsrisico's onvermijdbaar zijn.⁵⁹⁸⁸ Daarbij moet ook geïnformeerd worden over het belang van *follow-up* na transplantatie op lange termijn, zodat ziekteoverdracht e.d. tijdig zou kunnen worden ontdekt.⁵⁹⁸⁹ Terwijl informatie over concrete risico's pas kan worden gegeven nadat de orgaandonor gevonden is, zal deze algemene informatieplicht in principe al moeten worden uitgevoerd wanneer de kandidaat-ontvanger op de wachtlijst wordt geplaatst.⁵⁹⁹⁰

1235. Indien niet werd geïnformeerd over een 'relevant' geacht kwaliteits- of veiligheidsrisico, dan zal deze fout op zich evenwel nog niet volstaan voor aansprakelijkheid. Er moet immers ook een causaal verband bestaan tussen deze fout en de schade van de

⁵⁹⁸¹ *Good v. Presbyterian Hospital in the City of New York* [1996] 934 F.Supp. 107 (South.Distr.N.Y.).

⁵⁹⁸² T. VANSWEEVELT en S. TACK, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (331) 358 en 363-364. Vgl. met bloedtransfusie: *Kozup v. Georgetown University* [1987] 663 F.Supp. 1048 (Distr.Court Colom.).

⁵⁹⁸³ *Grier v. University of Pennsylvania Health System* [2009] 2009 WL 1652168 (East.Distr.Penn.). Zie ook *pro* informatieverstrekking hierover: C. CORBETT, M.J. ARMSTRONG en J. NEUBERGER, "Tobacco Smoking and Solid Organ Transplantation", *Transplantation* 2012, (979) 980-981.

⁵⁹⁸⁴ Reg. Tuchtcollege 's-Gravenhage 14 juni 2011, ECLI:YG1177, <http://tuchtrecht.overheid.nl>.

⁵⁹⁸⁵ T. VANSWEEVELT en S. TACK, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (331) 358-363. Vgl. met bloedtransfusie: C.J.J.M. STOLKER, "Aansprakelijkheid voor bloedprodukten en bloedtransfusies", *NJB* 1995, (685) 692 and 694; *Valdiviez v. United States* [1989] 884 F.2d 196 (5th Cir.) (transfusie van bloed geïnfecteerd met HIV).

⁵⁹⁸⁶ T. VANSWEEVELT en S. TACK, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (331) 364-365.

⁵⁹⁸⁷ B. DICKENS, o.c. in A. GRUBB (ed.), *Principles of medical law*, Oxford, Oxford University Press, 2004 (2^{de} ed), 1073-1074. Vgl. met betrekking tot gevangenen ook: OPTN/UNOS Ethics Committee, "Ethics of Organ Donation From Condemned Prisoners", <http://optn.transplant.hrsa.gov>; P.L. ADAMS *et al.*, "The Nondirected Live-Kidney Donor: Ethical Considerations and Practice Guidelines", *Transplantation* 2002, vol. 74, (582) 586.

⁵⁹⁸⁸ Vgl. OPTN Policy 15.3, www.optn.transplant.hrsa.gov; B. DICKENS, o.c. in A. GRUBB (ed.), *Principles of medical law*, Oxford, Oxford University Press, 2004 (2^{de} ed), 1072-1073; R. DESAI, *et al.*, o.c., *Transplantation* 2012, vol. 94, n. 12, (1200) 1205.

⁵⁹⁸⁹ Memorie van toelichting Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 39. Zie in dit verband ook het orgaanvigilantiesysteem *infra* A.4. van deze paragraaf.

⁵⁹⁹⁰ D.L. SEEM, *et al.*, "Excerpt From PHS Guideline for Reducing HIV, HBV and HCV Transmission Through Organ Transplantation", *Am. J. Transpl.* 2013, vol. 13, (1953) 1957; P.S. RAO en A. OJO, "The Alphabet Soup of Kidney Transplantation: SCD, DCD, ECD – Fundamentals for the Practicing Nephrologist", *Clin. J. Am. Soc. Nephrol.* 2009, (1827) 1830; A.J. CRONIN en J.F. DOUGLAS, o.c., *Med. L. Rev.* 2013, vol. 21, (448) 463-464. Zie ook *supra* Hoofdstuk I, Afd. 2, § 4 van dit Deel.

ontvanger ten gevolge van de transplantatie. De ontvanger zal meer bepaald moeten bewijzen dat hij niet tot transplantatie van het betreffende orgaan zou hebben toegestemd, indien hij op de hoogte was geweest van de achtergehouden informatie.⁵⁹⁹¹

De urgentie van de transplantatie kan een belangrijke rol spelen bij dit causaliteitsbewijs. Zo werd bv. in de Franse *Poussardin*-zaak geoordeeld dat een gebrek aan informatie over het risico op overdracht van Hepatitis B door harttransplantatie niet kon leiden tot foutaansprakelijkheid, aangezien de ontvanger zelfs mét de informatie de transplantatie zou hebben ondergaan, nu ze dringend nodig was om zijn leven te redden.⁵⁹⁹² In de Amerikaanse zaak *Ord v. Regents of the University of California* werd een gebrek aan causaal verband tussen een CMV-infectie en het nalaten te informeren over de CMV-positieve status van de getransplanteerde long op nog een ander element gebaseerd.⁵⁹⁹³ Aangezien de ontvanger mondeling én via een brochure was geïnformeerd over nog ernstigere risico's dan CMV, kon volgens de rechter in de *Ord*-zaak worden aangenomen dat een redelijk en voorzichtig persoon in deze omstandigheden de transplantatie niet zou hebben geweigerd wegens een verhoogd risico op CMV-infectie.

1236. Tot slot kan er zich een probleem voordoen met betrekking tot relevante donorgereleerde informatie (bv. hepatitis B-besmetting) indien de ontvanger de donor reeds kent in het raam van een orgaanwegname bij leven. In dat geval moeten donor en ontvanger niet anoniem zijn,⁵⁹⁹⁴ maar zal de donorgereleerde informatie nog wel onder het beroepsgeheim van de arts vallen.⁵⁹⁹⁵ Er moet dan een onderscheid gemaakt worden tussen twee hypothesen.⁵⁹⁹⁶

Enerzijds kan het zijn dat de donor de ontvanger zelf op de hoogte brengt, dan wel aan de arts de toestemming geeft om dit te doen.⁵⁹⁹⁷ In dit geval kan de ontvanger een geïnformeerde toestemming geven en kan de transplantatie gewoon doorgaan.

Anderzijds zou het kunnen dat de donor de gezondheidsinformatie geheim wil houden voor de ontvanger. De arts blijft dan gebonden aan het beroepsgeheim. Dit impliceert tegelijk dat de ontvanger in principe niet conform de wet geïnformeerd kan worden. De ontvanger zal dan ook niet rechtsgeldig kunnen toestemmen⁵⁹⁹⁸ en de transplantatie zal dus niet kunnen doorgaan.

3. Orgaanvervoer

1237. Na wegneming moeten de organen vervoerd worden naar de ontvangers. De manipulaties en het tijdsverloop die hiermee gepaard gaan, zouden een voldoende kwaliteitsvol en veilig orgaan alsnog ongeschikt kunnen maken voor transplantatie (bv. onvoorzichtig in- of uitpakken, ondoeltreffende preservatiemethode of overschrijding van de veilige ischemieduur).

⁵⁹⁹¹ T. VANSWEEVELT en S. TACK, o.c. in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, 2014, (331) 418. Zie ook: A.J. CRONIN en J.F. DOUGLAS, o.c., *Med. L. Rev.* 2013, vol. 21, (448) 464.

⁵⁹⁹² Cons. d'État 27 januari 2010, no. 313568 and 313712, www.lexisnexis.com. Vgl. in dezelfde zin ook in bloedtransfusiezaken: *Spann v. Irwin Memorial Blood Centers* [1995] 34 Cal.App.4th 644 (Super.San Fran.); *Kozup v. Georgetown University* [1987] 663 F.Supp. 1048 (Distr.Court Colom.).

⁵⁹⁹³ *Ord v. Regents of the University of California* [2002] 2002 WL 1204331 (Cal.App. 4 Dist.).

⁵⁹⁹⁴ Art. 4bis Orgaantransplantatiewet.

⁵⁹⁹⁵ Art. 458 Sw. Zie ook *supra* Deel III, Hoofdstuk I, Afd. 2, § 3.

⁵⁹⁹⁶ Vgl. *supra* Deel IV, Hoofdstuk III, Afd. 5, § 5, B.4. over het verstrekken van informatie over de ontvanger aan de levende donor.

⁵⁹⁹⁷ Zie echter de discussie *supra* in Deel III, Hoofdstuk I, Afd. 2, § 3, E.2.

⁵⁹⁹⁸ Tenzij de ontvanger conform art. 8, § 3 *juncto* art. 7, § 3 Wet Patiëntenrechten rechtsgeldig afstand doet van zijn recht op informatie.

Om de kwaliteit en veiligheid van het vervoerde orgaan te waarborgen, moeten de transplantatiecentra dan ook een aantal voorzorgsmaatregelen nemen.

In het algemeen moeten de transplantatiecentra conform de algemene zorgvuldigheidsnorm alle maatregelen treffen die van een normaal, vooruitziend transplantatiecentrum, geplaatst in dezelfde omstandigheden, verwacht kunnen worden. In ieder geval moeten ze voorzien in werkprocedures voor het orgaanvervoer, alsook de bijhorende preservatie, verpakking en etikettering van organen.⁵⁹⁹⁹ De werkprocedures moeten erop gericht zijn om de integriteit van het orgaan tijdens het vervoer en een passende duur van het vervoer te waarborgen.⁶⁰⁰⁰ Het doel is meer bepaald de ischemische periodes te optimaliseren en zo orgaanschade te beperken en de preservatie van organen te garanderen.⁶⁰⁰¹ Het gebrek aan dergelijke werkprocedures of hun redelijkerwijze voorzienbare ondoeltreffendheid is een fout die kan leiden tot aansprakelijkheid voor de hierdoor veroorzaakte schade. Evenzo behoort het tot de taken van het samenwerkingsverband “wegneming en transplantatie van organen” om hierover richtlijnen op te stellen.⁶⁰⁰²

Daarnaast moeten ook alle betrokken hulppersonen of aangestelden van het centrum (bv. artsen, verplegers, transplantatiecoördinatoren, ambulanciers, externe vervoersmaatschappijen) de algemene zorgvuldigheidsnorm naleven bij het uitvoeren van het orgaanvervoer. Het zal dan ook niet steeds volstaan om louter de werkprocedures van het transplantatiecentrum na te leven, aangezien de algemene zorgvuldigheidsnorm verder kan gaan.

1238. Specifiek voor het transplantatiecentrum dat de organen heeft weggenomen, geldt dat het de weggenomen organen moet plaatsen in containers die een etiket dragen met de volgende informatie⁶⁰⁰³:

- de contactinformatie van het transplantatiecentrum en ziekenhuis waarbinnen de wegneming plaatsvond en van de bestemming (adres, telefoon, fax, e-mail en contactpersoon);
- de vermelding dat de container een orgaan bevat (met specificatie van het soort orgaan, zoals bv. ‘linkernier’ of ‘hart’) en de aanduiding “VOORZICHTIG” (in hoofdletters);
- de aanbevolen transportcondities (met minstens instructies over de juiste temperatuur en positie).

Deze verplichting geldt niet indien het vervoer plaatsvindt in hetzelfde ziekenhuis.⁶⁰⁰⁴ Strikt genomen zal het orgaan dan echter nog wel vergezeld moeten gaan van het karakteriseringsrapport.⁶⁰⁰⁵

Specifiek voor het transplantatiecentrum dat het orgaan zal transplanteren, geldt dat het daartoe slechts mag overgaan nadat het heeft gecontroleerd of de voorwaarden inzake vervoer en preservatie voor het betreffende orgaan zijn nageleefd.⁶⁰⁰⁶

⁵⁹⁹⁹ Art. 10/3, lid 2, 3° en 4° KB transplantatiecentra.

⁶⁰⁰⁰ Art. 3^{quater} Orgaantransplantatiewet. Conform art. 8, lid 1, a) Richtlijn 2010/53/EU.

⁶⁰⁰¹ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2011-12, nr. 53-2158/1, 6 en 20. Zie ook: Memorie van toelichting Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nrs. 48 en 53.

⁶⁰⁰² Art. 6, § 2, 2°, h) KB Samenwerkingsverband.

⁶⁰⁰³ Art. 10/11, lid 1 KB Transplantatiecentra. Conform art. 8, lid 1 b) Richtlijn 2010/53/EU. Vgl. reeds vóór Richtlijn 2010/53/EU: B. VAN HAELEWIJCK, *Don d'organes. Don de tissus*, 2002, 93 en 102-103.

⁶⁰⁰⁴ Art. 10/11, lid 2 KB Transplantatiecentra. Conform art. 8, lid 2 Richtlijn 2010/53/EU.

⁶⁰⁰⁵ Cf. art. 10/12 KB Transplantatiecentra.

⁶⁰⁰⁶ Art. 10/13 KB Transplantatiecentra. Conform art. 9, lid 3, b) Richtlijn 2010/53/EU.

1239. Ten slotte moet in verband met gebrekkige preservatie van organen ook kort gewezen worden op de mogelijkheid tot aansprakelijkheid zonder fout. Zo erkende het Europese Hof van Justitie in het *Henning Vedfald*-arrest van 10 mei 2001 de mogelijkheid tot aansprakelijkheid van een ziekenhuis als producent van een gebrekkige zaak, *in casu* een preservatievloeistof die een nier ongeschikt maakte voor transplantatie.⁶⁰⁰⁷

4. Orgaanvigilantie

1240. Zowel tijdens als na transplantatie kunnen kwaliteits- en veiligheidsrisico's zich manifesteren. Daarom is er doorheen het gehele transplantatieproces nood aan zogenaamde 'orgaanvigilantie' (*organovigilance*).⁶⁰⁰⁸ Dit is een houding die gericht is op het detecteren, beoordelen en beheren van dergelijke risico's.⁶⁰⁰⁹ Het wettelijke systeem van orgaanvigilantie bestaat voornamelijk uit drie componenten: a) notificatie en beheer, b) traceerbaarheid en c) gegevensbescherming. De schending van deze vigilantieverplichtingen zal telkens beschouwd worden als een fout die kan leiden tot aansprakelijkheid voor de daardoor veroorzaakte schade.

a. Notificatie en beheer

1241. Er moet allereerst een notificatiesysteem bestaan voor het melden, onderzoeken, registreren en doorgeven van relevante, noodzakelijke informatie over bepaalde 'ernstige ongewenste voorvallen' en 'ernstige ongewenste bijwerkingen'.⁶⁰¹⁰ Daarbij moet er ook een werkprocedure bestaan voor het beheer van deze ernstige ongewenste voorvallen en bijwerkingen.⁶⁰¹¹ Specifiek voor levende donoren werd bepaald dat er een systeem moet bestaan voor de identificatie, de melding en het beheer van "*elk incident*" dat mogelijk verband houdt met de kwaliteit en veiligheid van het gedoneerde orgaan en dus met de veiligheid van

⁶⁰⁰⁷ HvJ 10 mei 2001, *JT* 2002, 207, noot J.-L. FAGNART en *DCCR* 2002, 63, noot I. LUTTE. Dit arrest kadert binnen richtlijn 85/374/EEG van de Raad van 25 juli 1985 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken, *Pb. L.* 7 augustus 1985, afl. 210, 29. Deze richtlijn werd naar Belgisch recht omgezet via de wet van 25 februari 1991 betreffende de aansprakelijkheid voor producten met gebreken, *BS* 22 maart 1991. Verder zal nog dieper worden ingegaan op de voorwaarden voor dergelijke foutloze productaansprakelijkheid.

⁶⁰⁰⁸ "Report on the Open Consultation: Policy options for organ donation and transplantation at EU level", <http://ec.europa.eu>, 6; Mededeling van de Commissie - Orgaandonatie en transplantatie: beleidsmaatregelen op EU-niveau, COM(2007)275, <http://eur-lex.europa.eu>, 9; Commission staff working document – Impact Assessment, SEC(2007) 705, <http://eur-lex.europa.eu>, 44 en 62; Principle 10, WHO Guiding Principles on Human Cell, Tissue and Organ Transplantation (2010), <http://www.who.int>.

⁶⁰⁰⁹ L. NOEL, "CTO Vigilance and Surveillance in WHO" in X. (ed.), *NOTIFY*, 2011, (16) 16; O. SOLOMON, "SOHO Vigilance in the EU" in X. (ed.), *NOTIFY*, 2011, (17) 17.

⁶⁰¹⁰ Art. 3sexies, § 1 Orgaantransplantatiewet. Conform art. 11, lid 1 Richtlijn 2010/53/EU. Een *ernstig ongewenst voorval* is elk ongewenst en onverwacht voorval dat zich ergens in de keten van donatie tot transplantatie voordoet en dat voor een patiënt besmetting met een overdraagbare ziekte, overlijden, levensgevaar, invaliditeit of arbeidsongeschiktheid veroorzaakt, dan wel leidt tot opname in een ziekenhuis of tot ziekte of de duur van de ziekenhuisopname of de ziekte verlengt (art. 1ter, 11° Orgaantransplantatiewet; art. 1/1, 14° KB Transplantatiecentra; art. 2, 14° KB Lokale donorcoördinatie. Conform art. 3, n Richtlijn 2010/53/EU). Het notificatiesysteem heeft overeenkomstig art. 3sexies, § 1 Orgaantransplantatiewet slechts betrekking op de ernstige ongewenste voorvallen die van invloed kunnen zijn op de kwaliteit en veiligheid van organen en die zouden kunnen worden toegeschreven aan het testen, karakteriseren, wegnemen, conserveren en vervoeren van organen. Een *ernstige ongewenste bijwerking* is een onbedoelde reactie, met inbegrip van een overdraagbare ziekte, die zich mogelijkerwijs ergens in de keten van donatie tot transplantatie bij een levende donor of de ontvanger voordoet en die dodelijk is, levensgevaar oplevert, invaliditeit of arbeidsongeschiktheid veroorzaakt, dan wel leidt tot opname in een ziekenhuis of tot ziekte of de duur van de ziekenhuisopname of de ziekte verlengt (art. 1ter, 12° Orgaantransplantatiewet; art. 1/1, 15° KB Transplantatiecentra. Conform art. 3, o Richtlijn 2010/53/EU). Het notificatiesysteem heeft overeenkomstig art. 3sexies, § 1 Orgaantransplantatiewet slechts betrekking op de ernstige ongewenste bijwerkingen vastgesteld tijdens of na de transplantatie die met het testen, karakteriseren, wegnemen, conserveren en vervoeren van organen verband zouden kunnen houden. Zie voor voorbeelden van ernstige ongewenste voorvallen en bijwerkingen: www.eurotransplant.org (Cooperation > Serious Adverse Events).

⁶⁰¹¹ Art. 3sexies, § 2 Orgaantransplantatiewet. Conform art. 11, lid 2 Richtlijn 2010/53/EU.

de ontvanger,⁶⁰¹² wat blijkbaar ruimer is dan enkel de ‘ernstige’ ongewenste voorvallen en bijwerkingen.

De transplantatiecentra spelen hierbij een centrale rol. Met betrekking tot de ernstige ongewenste *bijwerkingen* omvat hun verantwoordelijkheid meer bepaald een registratieplicht, een onderzoeks- en beheerplicht en een plicht tot melding aan de Europese orgaanuitwisselingsorganisatie, die immers instaat voor het bijhouden en beheren van dit notificatie- en beheerssysteem.⁶⁰¹³ De procedure voor ernstige ongewenste *voorvallen* verloopt gelijkaardig, met het verschil dat hierbij ook de functie “lokale donorcoördinatie” een rol zal spelen met betrekking tot overleden donoren.⁶⁰¹⁴ Een en ander moet nader uitgewerkt worden in werkprocedures.⁶⁰¹⁵ Ook moeten op het niveau van het samenwerkingsverband “wegneming en transplantatie van organen” hierover richtlijnen worden opgesteld.⁶⁰¹⁶

Met het oog op notificatie en beheer van risico’s is het logisch dat de transplantatiecentra verplicht zijn tot het opvolgen van ontvangers⁶⁰¹⁷ en levende donoren⁶⁰¹⁸. Het niet-aanbieden van zorgvuldige *follow-up* kan worden beschouwd als een fout die leidt tot aansprakelijkheid voor de schade aan de eigen ontvanger of aan de ontvangers van dezelfde donor ten gevolge van het niet tijdig kunnen notificeren en beheren van de voorvallen of bijwerkingen. Weliswaar kunnen zowel de ontvanger als de levende donor op basis van artikel 8, § 4 Wet Patiëntenrechten weigeren om deze opvolging te ondergaan.⁶⁰¹⁹ Tenzij dit als rechtsmisbruik kan worden gekwalificeerd,⁶⁰²⁰ zal dit daarentegen niet tot aansprakelijkheid ten aanzien van de (andere) ontvanger(s) leiden wegens het niet tijdig kunnen notificeren en beheren.⁶⁰²¹

1242. De Wet Menselijk Lichaamsmateriaal, die de regels in verband met cel- en weefseldonatie bevat, kent reeds een eigen notificatiesysteem voor ernstige ongewenste voorvallen en bijwerkingen met betrekking tot cel-/weefseldonatie en -transplantatie.⁶⁰²² Welnu, een orgaandonor kan tegelijk cel- en weefseldonor zijn. Er moet daarom worden gezorgd voor een koppeling tussen dit meldsysteem en het meldsysteem bij orgaantransplantatie, zodanig dat ieder ernstig ongewenst voorval of ernstige ongewenste bijwerking bij een orgaandonor ook wordt gemeld via het meldsysteem van de Wet Menselijk Lichaamsmateriaal.⁶⁰²³

⁶⁰¹² Art. 9bis Orgaantransplantatiewet. Conform art. 15, lid 4 Richtlijn 2010/53/EU.

⁶⁰¹³ Art. 10/17, art. 10/18, art. 10/20 en art. 10/27 KB Transplantatiecentra; art. 13bis, § 1, lid 1, 2° en 3° Orgaantransplantatiewet.

⁶⁰¹⁴ Art. 10/16, art. 10/18 en art. 10/27 KB Transplantatiecentra; art. 17, art. 18 en art. 20/1 KB Donorcoördinatie.

⁶⁰¹⁵ Art. 3sexies, § 2 en § 3 Orgaantransplantatiewet; art. 10/3, 7° en 8°, art. 10/16, § 1, lid 1, § 2, § 3, lid 1 en § 5 en art. 10/17, § 1, § 2, § 3, lid 1 en § 5 KB Transplantatiecentra; art. 17, § 1, § 2, § 3, lid 1 en § 5 KB Donorcoördinatie. Conform art. 4, lid 2, g en h en art. 11, lid 3 Richtlijn 2010/53/EU.

⁶⁰¹⁶ Art. 6, § 2, 2°, g) KB Samenwerkingsverband.

⁶⁰¹⁷ Art. 10/25, § 2, lid 1 KB Transplantatiecentra.

⁶⁰¹⁸ Art. 9bis Orgaantransplantatiewet; art. 10/20 KB Transplantatiecentra. Zie hierover reeds *supra* Deel IV, Hoofdstuk IV, Afd. 1, § 2, A.3.b.

⁶⁰¹⁹ Zie ook: Memorie van toelichting Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 56.

⁶⁰²⁰ Zie reeds over misbruik van het recht op fysieke integriteit *supra* Deel IV, Hoofdstuk III, Afd. 8, § 3, A.1.b.

⁶⁰²¹ Zie verder over de aansprakelijkheid van de donor *infra* C van deze paragraaf.

⁶⁰²² Art. 2, 35° en 36° en art. 19, § 2 Wet Menselijk Lichaamsmateriaal; KB van 28 september 2009 tot vaststelling van de bepalingen inzake melding van ernstige ongewenste bijwerkingen en ernstige ongewenste voorvallen met betrekking tot het menselijk lichaamsmateriaal, BS 23 oktober 2009.

⁶⁰²³ Art. 3sexies, § 4 Orgaantransplantatiewet; memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2011-12, nr. 53-2158/1, 22. Conform considerans 16 en art. 11, lid 5 Richtlijn 2010/53/EU. Zie evenwel bezorgd: NATIONALE RAAD VOOR ZIEKENHUISVOORZIENINGEN, afd. Programmatie en Erkenning, Advies van 116 mei 2013 betreffende uitvoeringsrichtlijn 2012/25/EU van 9 oktober 2012 van de Commissie tot vaststelling van informatieprocedures voor de uitwisseling tussen lidstaten van menselijke organen bestemd voor transplantatie, 8.

b. Traceerbaarheid

1243. Aansluitend moet er ook een donor- en ontvangeridentificatiesysteem worden uitgewerkt, waardoor elke donatie en alle daarbij betrokken organen en ontvangers kunnen worden geïdentificeerd in alle stadia van de keten van donatie tot transplantatie of verwijdering. Zo moeten alle organen die in België weggenomen, toegewezen en getransplanteerd worden, van donor tot ontvanger en omgekeerd traceerbaar zijn teneinde de gezondheid van deze personen veilig te stellen.⁶⁰²⁴ Hierdoor kunnen alle betrokkenen in geval van notificatie van ernstige ongewenste voorvallen of bijwerkingen ook effectief gewaarschuwd worden.⁶⁰²⁵ Zelfs indien er geen fouten werden gemaakt met betrekking tot de transplantatie van het orgaan, zou het transplantatiecentrum nog steeds de algemene zorgvuldigheidsnorm kunnen schenden door na notificatie niet de gepaste behandeling aan de ontvanger aan te bieden (bv. een *organ recall* door wegneming van het risico-orgaan).⁶⁰²⁶ Indien er (ook) fouten werden gemaakt bij de karakterisering, evaluatie of selectie van het orgaan, dan zou de traceerbaarheid de ontvanger bovendien kunnen helpen bij het bewijs van het causaal verband tussen de transplantatie en het ontstaan van een ziekte bij de ontvanger.⁶⁰²⁷

Het transplantatiecentrum staat in voor de traceerbaarheid van de organen die het wegneemt en transplanteert. Dit moet gebeuren via toepassing van een donor- en ontvangeridentificatiesysteem zoals voorgeschreven in het KB Transplantatiecentra, wat nader uitgewerkt moet worden in een werkprocedure.⁶⁰²⁸ De gegevens over de donor- en ontvangeridentificatie moeten door het transplantatiecentrum overgemaakt worden aan de Europese Orgaanuitwisselingsorganisatie, die immers instaat voor het bijhouden en beheren van het traceerbaarheids- en identificatiesysteem.⁶⁰²⁹ Met betrekking tot de organen van overledenen doet het transplantatiecentrum een beroep op de functie “lokale donorcoördinatie” van het ziekenhuis waar de organen worden weggenomen. Deze functie moet dan eveneens via toepassing van een donor-identificatiesysteem de traceerbaarheid van deze organen garanderen.⁶⁰³⁰ Wederom moeten op het niveau van het samenwerkingsverband “wegneming en transplantatie van organen” hierover richtlijnen worden opgesteld.⁶⁰³¹

⁶⁰²⁴ Art. 3^{quinquies}, lid 1 en 2 Orgaantransplantatiewet. Conform art. 10 Richtlijn2010/53/EU. Traceerbaarheid is de mogelijkheid om een orgaan in elk stadium van de keten van donatie tot transplantatie of verwijdering te lokaliseren en te identificeren, daaronder begrepen de mogelijkheid om: a) de donor en het transplantatiecentrum te identificeren; b) de ontvanger(s) in het transplantatiecentrum of de transplantatiecentra te identificeren; c) alle relevante niet-persoonlijke informatie met betrekking tot de producten en materialen die met het orgaan in aanraking komen, op te sporen en te identificeren (art. 1/1, 17° KB Transplantatiecentra. Conform art. 3, s Richtlijn 2010/53/EU). Om daadwerkelijk te bereiken dat “*alle organen die in België worden weggenomen, toegewezen en getransplanteerd*”, getraceerd kunnen worden, is België deels afhankelijk van de aanwezigheid van een evenwaardig traceerbaarheidssysteem in de landen waarvan organen worden verkregen in het raam van internationale uitwisseling. Zie specifiek voor organen uit landen buiten de Europese Unie: art. 13^{bis}/1 Orgaantransplantatiewet.

⁶⁰²⁵ Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2011-12, nr. 53-2158/1, 21; Art. 3, lid 4 Transplantatieprotocol EVRM-Bio en Memorie van toelichting Transplantatieprotocol EVRM-Bio, <http://www.conventions.coe.int>, nr. 39.

⁶⁰²⁶ Vgl. *Summers v. Mid Downs HA & Brighton HA*, [1996] C.L.Y. 2366 (fout door de getransplanteerde nier niet te verwijderen zodra bekend werd dat de donor was gestorven aan darmkanker); *Kelly v. New York Organ Donor Network*, 35 Misc.3d 1212(A) (verplichting tot inlichten en behandelen van de ontvanger zodra het risico op ziekteoverdracht bekend geraakt); CAA Versailles 25 mei 2010, n°08VE02901, www.legifrance.gouv.fr (toediening van antibiotica zodra de aanwezigheid van bacteriën in de bloedcultuur werden meegedeeld); *Kelly v. Fenton*, 2012 WL 1359760 (N.Y. Sup.) (een nier wegnemen zodra bekend geraakt dat de donor is gestorven aan kanker, *in casu* T-cel lymfoom, strookt met de *standard of care*). Zie ook: I. PENN, o.c. in Y. ENGLERT (ed.), *Organ and Tissue Transplantation in the European Union*, 1995, (47) 54; D. YSEBAERT en W. VAN DONINK, “Orgaandonatie”, *De Morgen* 10 april 2008, 15.

⁶⁰²⁷ Vgl. M.-A. HERMITTE, “Le principe de précaution à la lumière du drame de la transfusion sanguine en France” in O. GODARD (ed.), *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, Parijs, Maison des sciences de l’homme, 1997, (179) 196-197.

⁶⁰²⁸ Art. 2, § 4, art. 10/3, 6°, art. 10/14, art. 10/27 en bijlagen 2 en 3 KB Transplantatiecentra. Conform art. 4, lid 2, f Richtlijn2010/53/EU.

⁶⁰²⁹ Art. 10/15 KB Transplantatiecentra; art. 13^{bis}, § 1, lid 1, 1° Orgaantransplantatiewet.

⁶⁰³⁰ Art. 10/14, § 2, lid 2 KB Transplantatiecentra; art. 16, art. 20/1 en bijlage 1 KB Donorcoördinatie.

⁶⁰³¹ Art. 6, § 2, 2°, f) KB Samenwerkingsverband.

c. Gegevensbescherming

1244. Sommige risico's zullen zich pas geruime tijd na transplantatie manifesteren. Een adequate orgaanvigilantie veronderstelt dus dat de relevante gegevens voldoende lang bewaard worden. Er werd in dit verband bepaald dat de gegevens betreffende de karakterisering, de melding van ernstige ongewenste voorvallen en bijwerkingen en de traceerbaarheid minstens 30 jaar en maximum 50 jaar moeten worden bewaard, al dan niet elektronisch.⁶⁰³² Het vroegtijdig vernietigen van deze gegevens (bv. uit vrees voor aansprakelijkheid) kan worden beschouwd als een fout⁶⁰³³ die alsnog tot aansprakelijkheid kan leiden voor de veroorzaakte schade (bv. verlies van een kans op genezing of op bewijs van aansprakelijkheid).

Het gaat hier om een verwerking van persoonsgegevens die de gezondheid betreffen. Deze gegevensverwerking zal dan ook moeten gebeuren conform de Wet Verwerking Persoonsgegevens.⁶⁰³⁴ Zo moet onder andere telkens een verantwoordelijke voor de gegevensverwerking worden aangeduid.⁶⁰³⁵

B. *De Europese orgaanuitwisselingsorganisatie*

1245. De Europese orgaanuitwisselingsorganisatie (thans Eurotransplant)⁶⁰³⁶ kan in principe eveneens aansprakelijk zijn indien zij fouten maakt naar aanleiding van het transplantatieproces en de ontvanger hierdoor schade heeft geleden. Overeenkomstig de algemene zorgvuldigheidsnorm zal dus telkens moeten worden nagegaan of Eurotransplant heeft gehandeld zoals een normale, vooruitziende orgaanuitwisselingsorganisatie, geplaatst in dezelfde omstandigheden, zou hebben gehandeld.

Een belangrijke parameter voor de aansprakelijkheid van Eurotransplant betreft zijn bevoegdheid. Zoals al vermeld, is deze organisatie bevoegd voor de orgaanallocatie in België en met het buitenland, alsook voor het bijhouden en beheren van de karakteriseringsinformatie en het zgn. orgaanvigilantiesysteem.⁶⁰³⁷ Zo zou Eurotransplant bv. dus aansprakelijk kunnen worden gesteld voor een allocatiesysteem dat niet voldoet aan de wettelijke minimumnormen⁶⁰³⁸ of voor het gebrekkig beheer van de karakteriseringsinformatie of het notificatiesysteem. De orgaanuitwisselingsorganisatie staat daarentegen niet in voor de eigenlijke karakterisering, evaluatie en uiteindelijke aanvaarding van donoren of organen.⁶⁰³⁹ Op dit vlak zal deze organisatie normaal dan ook geen aansprakelijkheid oplopen.⁶⁰⁴⁰ In die zin

⁶⁰³² Karakterisering: art. 10/10 KB Transplantatiecentra. Melding van ernstige ongewenste voorvallen en bijwerkingen: art. 10/16, § 6 en art. 10/17, § 6 KB Transplantatiecentra; art. 17, § 6 KB Donorcoördinatie. Traceerbaarheid: art. 3^{quinq}ues, lid 2 en 3 Orgaantransplantatiewet; art. 10/14, § 2, lid 3 en § 3, lid 2 KB Transplantatiecentra; art. 16, § 2 KB Donorcoördinatie. Vgl. echter art. 10, § 3, a) Richtlijn 2010/53/EU waar geen maximumbewaartermijn werd opgelegd.

⁶⁰³³ Vgl. Gerechtshof Leeuwarden 28 augustus 2002, AF5959, www.rechtspraak.nl (nalatigheid van een bloedbank wegens het vernietigen van alle documenten m.b.t. tot de geleverde bloedproducten na 5 jaar, terwijl ze moesten weten dat er een risico op ziekteoverdracht bestond).

⁶⁰³⁴ Zie ook art. 10, lid 2 en art. 16 Richtlijn 2010/53/EU.

⁶⁰³⁵ Dit hangt af van de instelling waarbinnen ze moet worden verricht: art. 10/21 KB Transplantatiecentra (een beoefenaar van een gezondheidszorgberoep die deel uitmaakt van het team van het transplantatiecentrum); art. 20 KB Lokale donorcoördinatie (een beoefenaar van een gezondheidszorgberoep); art. 13^{bis}, § 1, lid 2 Orgaantransplantatiewet (Eurotransplant, dat hiertoe conform art. 7, § 4 Wet Verwerking persoonsgegevens een beroepsbeoefenaar in de gezondheidszorg zal moeten aanduiden: memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2011-12, nr. 53-2158/1, 35).

⁶⁰³⁶ Zie *supra* Deel III, Hoofdstuk II, Afd. 1, § 5.

⁶⁰³⁷ Art. 13^{bis}, § 1 Orgaantransplantatiewet. Zie *supra* A.4. van deze paragraaf.

⁶⁰³⁸ Cf. art. 13^{bis}, § 2 Orgaantransplantatiewet en *supra* Hoofdstuk I, Afd. 3, § 2 van dit Deel.

⁶⁰³⁹ Zie immers reeds A.1. en A.2. van deze paragraaf.

⁶⁰⁴⁰ Vgl. ook Eurotransplant Manual, [versie 3.0., 2013], www.eurotransplant.org, nr. 1.5.3.2.1. en 1.5.3.2.2., waar werd gesteld dat de lokale centra verantwoordelijk zijn voor de nauwkeurigheid van hun eigen data.

oordeelde de rechter in de Franse *Calmettes*-zaak (hepatitis C-infectie ten gevolge van levertransplantatie) dat de voormalige Franse orgaanuitwisselingsorganisatie (*France Transplant*, vertegenwoordigd door het *Établissement Français des greffes*) geen fout had begaan, omdat deze organisatie volgens haar statuten en haar overeenkomst met de Franse overheid *niet* het onderzoeken van de conditie van het orgaan of het dubbelchecken van de karakterisering, maar *slechts* het doorgeven van de nodige informatie tussen ziekenhuizen en het coördineren van de procedure als taak had.⁶⁰⁴¹ Deze visie werd impliciet gedeeld in de Amerikaanse zaak *Kelly v. New York Organ Donor Network*, waar de rechter oordeelde dat een *Organ Procurement Organization* geen medisch oordeel velt, maar enkel instaat voor het verzamelen en doorgeven van de nodige informatie tussen de ziekenhuizen en voor het coördineren van de procedure.⁶⁰⁴²

C. De donor

1246. Zouden (ook) de donoren van gebrekkige organen (of andere betrokkenen, zoals bv. nabestaanden) aansprakelijk kunnen worden gesteld? In principe zijn ook zij gebonden aan de algemene zorgvuldigheidsnorm, zodat hun foutaansprakelijkheid m.i. niet automatisch kan worden uitgesloten. Weliswaar zal het niet evident zijn om hen een fout aan te wijven. Normaal zullen ze immers niet het vermogen hebben om zelf de risico's van de orgaantransplantatie te kunnen beoordelen.⁶⁰⁴³ Indien de donor of de andere betrokkenen echter weten of behoorden te weten dat de situatie van de donor een risico impliceert, maar dit toch niet opbiechten wanneer ze hierover in het raam van de karakterisering worden ondervraagd,⁶⁰⁴⁴ dan zou dit wel degelijk kunnen worden beschouwd als een fout die tot aansprakelijkheid voor de veroorzaakte schade kan leiden.⁶⁰⁴⁵

1247. De vraag rijst of de aansprakelijkheid van de donor wenselijk is. In de Verenigde Staten stelt sec. 18(b) van de Uniform Anatomical Gift Act (2008) zeer duidelijk: “*Neither the person making an anatomical gift nor the donor’s estate is liable for any injury or damage that results from the making or use of the gift*”. Dergelijke expliciete aansprakelijkheidsimmunitet bestaat niet in het Belgische recht. Overeenkomstig artikel 4bis Orgaantransplantatiewet moeten de donor en de ontvanger echter wel anoniem blijven, behoudens wanneer de donor en de ontvanger elkaar reeds kennen.⁶⁰⁴⁶ Deze regel kan fungeren als een *de facto* aansprakelijkheidsimmunitet⁶⁰⁴⁷ voor overleden donoren en hun naasten, alsook voor anonieme levende donoren. Naar huidig recht lijkt er in theorie slechts marge te bestaan om van

⁶⁰⁴¹ CA Paris (1st kamer) 11 februari 2000, www.lexisnexis.com. Herhaald in: CAA Lyon 20 december 2007, *AJDA* 2008, nr. 15, 826, noot D. MARGINEAN-FAURE; Cons. d’État 27 januari 2010, nr. 313568 en 313712, www.lexisnexis.com; CAA Versailles 25 mei 2010, n°08VE02901, www.legifrance.gouv.fr.

⁶⁰⁴² *Kelly v. New York Organ Donor Network* [2012], 35 Misc.3d 1212(A) (Sup.Suffolk).

⁶⁰⁴³ Vgl. comment bij sec. 18 UAGA 2006.

⁶⁰⁴⁴ Cf. art. 3ter, § 2 Orgaantransplantatiewet; art. 10/6 KB Transplantatiecentra; art. 13, 6° KB Donorcoördinatie.

⁶⁰⁴⁵ Vgl. A.J. CRONIN en J.F. DOUGLAS, o.c., *Med. L. Rev.* 2013, vol. 21, (448) 471. Zie in die zin ook over de aansprakelijkheid van bloeddonoren: H.J.J. LEENEN, J.C.J. DUTE, J. LEGEMAATE *et al.*, *Handboek gezondheidsrecht*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014 (6^{de} ed.), 502; R. DIERKENS, *Lichaam en lijk. Raakpunten van recht en geneeskunde*, Brugge, die Keure, 1962, 62; C.J.J.M. STOLKER, o.c., *NJB* 1995, (685) 688; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Brussel, Larcier, 2010, 723; C. DALCQ, o.c. in M. VINCINEAU (ed.), *Le SIDA*, 1991, (283) 287-289; S. PANIS, *Stamcellen en recht. Een juridische analyse van wegneming tot gebruik*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 969 (die benadrukt dat dit eindelijk mogelijk is indien de donor zich bewust was of moest zijn van het risicogedrag of de besmetting).

⁶⁰⁴⁶ Zie uitvoerig hierover *supra* Deel III, Hoofdstuk I, Afd. 2, § 3.

⁶⁰⁴⁷ Zie ook: M. STAUCH, K. WHEAT en J. TINGLE, *Text, Cases and Materials on Medical Law*, Abingdon, Routledge-Cavendish, 2006 (3^{de} ed.), 616-617; C. SILEO, “Tainted-organ transplants trigger legal action, immunity challenge”, *Trial* 2009, 16, met verwijzing naar *Grier v. U. Pa. Health Sys.*, no. 2:07-CV-04224 (E.D. Pa. filed Oct. 9, 2007), waar de rechter blijkbaar de geheimhouding van de identiteit van de donor van een kankerachtige long beval.

dit anonimiteitsgebod af te wijken indien er sprake zou zijn van de noodtoestand als rechtvaardigingsgrond.⁶⁰⁴⁸ Dit zal neerkomen op een belangenafweging. Men zou meteen kunnen stellen dat het anonimiteitsgebod van openbare orde is⁶⁰⁴⁹ en dus voorrang heeft op het recht op schadevergoeding, dat niet van openbare orde is⁶⁰⁵⁰. Toch verdient deze problematiek m.i. een meer genuanceerde afweging.⁶⁰⁵¹

Het belang dat zou kunnen worden aangevoerd tegen het anonimiteitsgebod en de feitelijke aansprakelijkheidsimmunititeit is in feite tweeledig. Enerzijds verdient de ontvanger gecompenseerd te worden voor de schade ten gevolge van de transplantatie van het kwaliteitsloze of onveilige orgaan (de compensatoire functie van het aansprakelijkheidsrecht). Hiertegen zou alvast gesteld kunnen worden dat de schadevergoeding soms zo omvangrijk zou kunnen zijn dat de donor of zijn nabestaanden sowieso niet (alle schade) zouden kunnen betalen.⁶⁰⁵² Dit neemt echter niet weg dat er ook gevallen zijn waarin ze wel voldoende vermogend zijn of verzekerd zijn voor hun buitencontractuele aansprakelijkheid, zodat het belang van compensatie wel degelijk gediend zou worden. Anderzijds zou de aansprakelijkheid ook de kwaliteit en veiligheid van organen kunnen verbeteren door foutief gedrag af te schrikken (de preventieve functie van het aansprakelijkheidsrecht). In die lijn wees de rechter in de zaak *AB v. Glasgow and West of Scotland Blood Transfusion Service* erop dat de mogelijkheid tot donoraansprakelijkheid de ‘slechte’ donoren kan wegfilteren.⁶⁰⁵³

Tegen dit compensatoire en preventieve belang zou logischerwijze eerst een argument voor het behoud van de anonimiteit (en dus de feitelijke aansprakelijkheidsimmunititeit) gezocht kunnen worden in de *ratio legis* van het anonimiteitsgebod. Zoals al uitgebreid werd besproken, dient dit anonimiteitsgebod hoofdzakelijk ter preventie van enerzijds orgaanhandel en de daarmee gepaard gaande kwaliteits- en veiligheidsrisico's en anderzijds van psychosociale nadelen.⁶⁰⁵⁴ In de voorliggende hypothese zou echter pas van de anonimiteit worden afgeweken wanneer er zich reeds een kwaliteits- en veiligheidsgebrek heeft voorgedaan. Daardoor zal de transplantatie voor de ontvanger bovendien wellicht al een psychosociaal nadeel hebben meegebracht. Op basis hiervan kan worden gesteld dat de *ratio legis* van het anonimiteitsgebod op het eerste gezicht geen erg sterk tegenargument is.

Vervolgens zou, zoals in de Amerikaanse bloedtransfusiezaak *Rasmussen*,⁶⁰⁵⁵ tegen het compensatoire en preventieve belang van aansprakelijkheid het privacybelang van de donor en/of zijn nabestaanden kunnen worden opgeworpen. Het recht op privacy is echter niet absoluut en kan worden ingeperkt ten behoeve van een legitiem belang en voor zover dit nodig is om dat belang te behartigen (*cf.* art. 8, § 2 EVRM). Het compensatoire en preventieve belang van aansprakelijkheid kan als dergelijk legitiem belang worden beschouwd, zodat het privacybelang op zich niet volstaat om de feitelijke aansprakelijkheidsimmunititeit door anonimiteit te behouden, voor zover althans enkel de noodzakelijke donorinformatie wordt verstrekt.⁶⁰⁵⁶

⁶⁰⁴⁸ *Cf. supra* Deel III, Hoofdstuk I, Afd. 2, § 3, E.2.a.

⁶⁰⁴⁹ *Cf. supra* Deel III, Hoofdstuk I, Afd. 2, § 3, E.2.a.1).

⁶⁰⁵⁰ T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 894.

⁶⁰⁵¹ Er lijkt geen vaste regel te zijn dat een privaat belang nooit van hogere waarde kan zijn dan het belang van openbare orde.

⁶⁰⁵² Vgl. T. VANSWEEVELT, *Aids en recht*, 1989, 91 (inzake HIV-besmetting); S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 968-969.

⁶⁰⁵³ *AB v. Glasgow and West of Scotland Blood Transfusion Service*, 1993 S.L.T. 36.

⁶⁰⁵⁴ *Cf. supra* Deel III, Hoofdstuk I, Afd. 2, § 3, A.

⁶⁰⁵⁵ *South Florida Blood Service v. Rasmussen*, 467 So.2d 798 (Fla.App. 3 Dist. 1985), bevestigd in *Rasmussen v. South Florida Blood Service*, 500 So.2d 533 (Fla. 1987).

⁶⁰⁵⁶ Vgl. inzake bloedtransfusie: D.C. ANDRESEN, “AIDS-related Litigation: the Competing Interests Surrounding Discovery of Blood Donors’ Identities”, *Ind. L. Rev.* 1986, (561) 563 en 573-587, die het algemeen belang van eerlijke litigatie aanvoert tegen het privacybelang.

Ten slotte kan tegen het compensatoire en preventieve belang, zoals wederom in de zaak *Rasmussen*, worden geargumenteed dat de aansprakelijkheid zal afschrikken om nog aan orgaandonatie mee te werken, wat kan leiden tot een daling van het orgaanaanbod.⁶⁰⁵⁷ Meer algemeen zou kunnen worden gevreesd dat dergelijke financiële aanspraken van de ontvanger het vertrouwen in orgaantransplantatie kan doen afbrokkelen, wat wederom tot een daling van de donatiebereidheid kan leiden. Hiertegen zou dan weer kunnen worden opgeworpen dat het risico voor de donor of zijn nabestaanden om aangesproken of effectief aansprakelijk gesteld te worden erg klein is dankzij de strenge karakterisering⁶⁰⁵⁸ en/of het moeilijke foutbewijs, zodat dit risico wellicht geen grote impact op de donatiebereidheid zal hebben. Bovendien zullen zij die werkelijk iets goed willen bereiken door de donatie, zich sowieso niet zo snel laten afschrikken.⁶⁰⁵⁹ Niettemin lijkt het risico op nefaste gevolgen voor het orgaanaanbod niet te onderschatten. Aldus kan worden gesteld dat het belang van de volksgezondheid opweegt tegen het compensatoire en preventieve belang van aansprakelijkheid, zodat er geen sprake zal zijn van een noodtoestand.

D. De overheid

1248. Het staat vast dat ook de overheid aansprakelijk kan worden gesteld indien ze een fout begaat.⁶⁰⁶⁰ Welnu, inzake ziekteoverdracht door bloedtransfusie werd reeds in verschillende rechtsleer⁶⁰⁶¹ en (buitenlandse) rechtspraak⁶⁰⁶² verdedigd dat de overheid een fout kan begaan door onvoldoende kwaliteits- en veiligheidsmaatregelen (met name regulering, maar bv. ook budgettaire maatregelen of preventiecampagnes) te treffen en aldus aansprakelijk kan worden gesteld voor de schade die door deze fout werd veroorzaakt. In principe zou m.i. dergelijke aansprakelijkheid *mutatis mutandis* ook inzake de kwaliteit en veiligheid van orgaantransplantatie kunnen worden aanvaard.⁶⁰⁶³ Aldus kan worden verdedigd dat recht op kwaliteitsvolle en veilige organen tot op zekere hoogte deel uitmaakt van het fundamentele recht van eenieder op (kwaliteitsvolle) gezondheidszorg.⁶⁰⁶⁴

Een en ander moet echter sterk genuanceerd worden. Allereerst moet bij de toetsing aan de algemene zorgvuldigheidsnorm voldoende beoordelingsmarge aan de overheid worden gelaten voor het maken van beleidsbeslissingen (bv. over de allocatie van schaarse

⁶⁰⁵⁷ *South Florida Blood Service v. Rasmussen*, 467 So.2d 798 (Fla.App. 3 Dist. 1985), bevestigd in *Rasmussen v. South Florida Blood Service*, 500 So.2d 533 (Fla. 1987). Zie ook: T. VANSWEEVELT, *Aids en recht*, 1989, 91; C.J.J.M. STOLKER, o.c., *NJB* 1995, (685) 689; Commentaar bij sec. 18 UAGA 2006, waar werd gesteld dat de donorimmuniteit bedoeld is om orgaandonatie aan te moedigen; S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 968; N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, Antwerpen, Intersentia, 2015, nr. 480.

⁶⁰⁵⁸ Vgl. D.C. ANDRESEN, o.c., *Ind. L. Rev.* 1986, (561) 573.

⁶⁰⁵⁹ *AB v. Glasgow and West of Scotland Blood Transfusion Service*, 1993 S.L.T. 36.

⁶⁰⁶⁰ T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 197 e.v.

⁶⁰⁶¹ J. LÜCKE, *Aids im amerikanischen und deutschen recht*, Berlin, Springer, 1989, 43; C. DALCQ, o.c. in M. VINCINEAU (ed.), *Le SIDA*, 1991, (283) 294; C.J.J.M. STOLKER, o.c., *NJB* 1995, (685) 691; V. DERCKX en H. ROSCAM ABBING, "Patients' Right to Health Protection and Quality and Safety of Blood products", *EJHL* 2005, (153) 161 en 162. Zie ook voor stamceltransplantaties: S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 970.

⁶⁰⁶² Frankrijk: CAA Parijs 16 juni 1992, *D.* 1992, 204; CE 9 april 1993, *JCP* 1993, nr. 22.110, noot C. DEBOUY en *D. jurisprudence* 1993, 312, concl. H. LEGAL. Engeland: *Re HIV Haemophilic Litigation*, [1996] P.I.Q.R. P220. Zie ook Europees: EHRM, *Oyal v. Turkey*, 2010, <http://hudoc.echr.coe.int> (positieve verplichting van de lidstaten tot het treffen van dergelijke maatregelen op basis van art. 2 EVRM).

⁶⁰⁶³ Zie ook: Mondelinge vraag van de heer Jacques Germeaux aan de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid over "de veiligheidsmaatregelen inzake orgaantransplantatie en hondsdelheid" en mondelinge vraag van de heer Hugo Vandenberghe aan de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid over "het testen van donororganen op hondsdelheid", *Hand.* Senaat 2004-05, 24 februari 2005, (Vr. nr. 3-589 en 3-593), verwijzende naar de verzorgingsplicht van de Staat.

⁶⁰⁶⁴ V. DERCKX en H. ROSCAM ABBING, o.c., *EJHL* 2005, (153) 154.

middelen),⁶⁰⁶⁵ zodat niet te snel tot een fout mag worden besloten.⁶⁰⁶⁶ Vervolgens moet worden opgemerkt dat de Belgische overheid ter omzetting van Richtlijn 2010/53/EU al heeft voorzien in uitgebreide kwaliteits- en veiligheidsregulering, zodat er niet meer zo gemakkelijk een fout zal kunnen worden gevonden. Ten slotte zal het waarschijnlijk moeilijk zijn om het bewijs te leveren van een causaal verband tussen het foutief nalaten om in het algemeen te voorzien in kwaliteits- en veiligheidsregulering enerzijds en de schade ten gevolge van de transplantatie van een gebrekkig orgaan anderzijds.⁶⁰⁶⁷

Afdeling 3. Aansprakelijkheid zonder fout

1249. Naast de foutaansprakelijkheid kent het Belgische recht ook een aantal vormen van aansprakelijkheid zonder fout. Met betrekking tot schadeverwekkende organen lijken vooral de aansprakelijkheidsvormen die zich enten op een bepaald rechtsobject in plaats van op een fout, relevant te zijn. Hierna moet vooral aandacht worden besteed aan de aansprakelijkheid voor gebrekkige producten (§ 1). Daarnaast zal ook kort worden ingegaan op twee overige foutloze aansprakelijkheidsgronden: de buitencontractuele aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken en de contractuele aansprakelijkheid van de verkoper van zaken met verborgen gebreken (§ 2).

§ 1. AANSPRAKELIJKHEID VOOR GEBREKKIGE PRODUCTEN

1250. De aansprakelijkheid voor gebrekkige producten wordt geregeld in de wet van 25 februari 1991 betreffende de aansprakelijkheid voor produkten met gebreken⁶⁰⁶⁸ (verkort: Wet Productaansprakelijkheid). Deze wet is de quasi-letterlijke omzetting van Europese Richtlijn 85/374/EEG van 25 juli 1985 van de Raad betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der Lid-Staten inzake de aansprakelijkheid voor produkten met gebreken⁶⁰⁶⁹ (verkort: Richtlijn 85/374/EEG). Het voornaamste doel van deze regelgeving is de adequate bescherming van de consument.⁶⁰⁷⁰ Opdat er sprake is van productaansprakelijkheid moeten vijf aansprakelijkheidsvoorwaarden vervuld zijn (*cf.* art. 1 Wet Productaansprakelijkheid):

- een product;
- een gebrek in het product;
- schade;
- een causaal verband tussen het gebrekkig product en de schade;
- een producent.

A. *Het orgaan als een 'product'*

1251. Overeenkomstig artikel 2, lid 1 Wet Productaansprakelijkheid moet onder 'product' elk lichamelijk roerend goed worden verstaan.⁶⁰⁷¹ De wet vereist daarbij niet dat het product op

⁶⁰⁶⁵ Zie ook: T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 216-217.

⁶⁰⁶⁶ Vgl. *Re HIV Haemophilic Litigation*, [1996] P.I.Q.R. P220.

⁶⁰⁶⁷ C. DALCQ, *o.c.* in M. VINCINEAU (ed.), *Le SIDA*, 1991, (283) 295.

⁶⁰⁶⁸ BS 22 maart 1991.

⁶⁰⁶⁹ *Pub. L.* 7 augustus 1985, 210/29.

⁶⁰⁷⁰ Consideransen 1, 4, 5, 6, 8, 9, 12, 13, 16 en 17 Richtlijn 85/374/EEG; A. VAN WASSENAER-VAN CATWIJCK, *Produktenaansprakelijkheid in Europees verband*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1986, 19 and 22.

⁶⁰⁷¹ Vgl. art. 2 Richtlijn 85/374/EEG, waar onder 'product' elk roerend goed wordt verstaan met uitzondering van landbouwgrondstoffen en jachtproducten.

industriële wijze werd vervaardigd.⁶⁰⁷² Welnu, eerder werd al verdedigd dat een orgaan na afscheiding van het menselijk lichaam naar Belgisch recht een lichamelijk roerend goed wordt.⁶⁰⁷³ Met D. Verhoeven kan bijgevolg worden aangenomen dat afgescheiden organen te beschouwen zijn als een ‘product’ in de zin van artikel 2 Wet Productaansprakelijkheid.⁶⁰⁷⁴

Het feit dat het orgaan door de transplantatie opnieuw wordt opgenomen in het menselijk lichaam en dus ophoudt te bestaan als goed/product doet hier geen afbreuk aan. Met betrekking tot de toediening van bloed of geneesmiddelen werd reeds aanvaard dat het gaat om schade veroorzaakt door een ‘product’ ongeacht de absorptie van deze producten in het lichaam,⁶⁰⁷⁵ zodat in principe hetzelfde moet worden aangenomen voor orgaantransplantatie.

1252. In Frankrijk wijzen sommigen er evenwel op dat Richtlijn 85/374/EEG de creatie van een interne Europese markt tot doel heeft.⁶⁰⁷⁶ Volgens hen heeft orgaantransplantatie maar weinig te maken met deze interne markt, zodat organen niet als een ‘product’ kunnen worden beschouwd.⁶⁰⁷⁷ Deze visie kan absoluut niet gevolgd worden. Krachtens artikel 168, lid 4, a) VWEU is de Europese Unie immers bevoegd inzake de kwaliteit en veiligheid van organen, zodat consumentenbescherming inzake orgaantransplantatiediensten wel degelijk binnen het bereik van de interne markt vallen.⁶⁰⁷⁸

1253. In de Verenigde Staten wordt vaak aangenomen dat het gebruik van bloed en ander lichaamsmateriaal veeleer onderdeel vormt van een dienst (nl. transfusie/transplantatie), zodat het lichaamsmateriaal in deze context niet als een product wordt beschouwd en objectieve productaansprakelijkheid niet mogelijk wordt geacht.⁶⁰⁷⁹ Deze stelling kan echter niet zomaar

⁶⁰⁷² Zie naast de duidelijke tekst art. 2 Wet Productaansprakelijkheid en art. 2 Richtlijn 85/374/EEG ook: L. CORNELIS, “Aansprakelijkheid voor gevaarlijke producten”, *RW* 1987-1988, (1139) 1143; Vraag 706/55 G. DE VRIES, *Pub. C.* 8 mei 1989 114/42 (ook *craft and artistic products*); J.-L. FAGNART, *o.c.*, *JT* 2002, (209) 210; J. PEIGNÉ, “Quelle responsabilité hospitalière du fait de la greffe d’un organe contaminé” (noot onder CAA Paris 18 oktober 2006), *RTDSS* 2007, (294) 298; T. VANSWEEVELT and B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 501. Schijnbaar *contra*: considerans 3 Richtlijn 85/374/EEG.

⁶⁰⁷³ *Supra* Deel III, Hoofdstuk I, Afd. 1, § 2, B.1.

⁶⁰⁷⁴ N. BROECKX en D. VERHOEVEN, “Transplanting Diseases from Organ Donors in Western Europe: Fault Liability or Strict Liability?”, *EJHL* 2015, (207) 224, waar een ruime interpretatie van het begrip ‘product’ werd verdedigd op basis van het doel van consumentenbescherming. Zie ook voor België: L. CORNELIS, *o.c.*, *RW* 1987-1988, (1139) 1143; T. VANSWEEVELT, *Aids en recht*, 1989, 83-84; P.-H. DELVAUX en L. VANDENHOUTEN, “La responsabilité du fait des produits de santé” in J. CRUYPLANTS en J.-L. FAGNART, *Actualités du droit de la santé*, Brussels, Editions du jeune barreau de Bruxelles, 1999, (199) 216; J. TER HEERDT, *Het experiment beproefd. Een juridische analyse van medische experimenten met mensen*, Antwerpen, Maklu, 2000, nr. 566; Y.-H. LELEU and G. GENICOT, *Le droit médical*, Brussels, De Boeck, 2001, 212; J.-L. FAGNART, *o.c.*, *JT* 2002, (209) 210; D. WUYTS, “The Product Liability Directive – more than two decades of defective products in Europe”, *JETL* 2014, (1) 7; S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 959 (stamcellen); voor het Verenigd Koninkrijk: *A v. National Blood Authority* [2001] 3 All ER 289 (inzake bloedproducten); J. HERRING, *Medical law and ethics*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 378; voor Nederland: A. VAN WASSENAER-VAN CATWIJCK, *Produktaansprakelijkheid in Europees verband*, 1986, 41; E.H. HONDIUS, “Produktaansprakelijkheid in het ziekenhuis”, *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 1990, 414; C.J.J.M. STOLKER, *o.c.*, *NJB* 1995, (685) 686-687; L. DOMMERING-VAN RONGEN, *Productaansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend overzicht*, Deventer, Kluwer, 2000, 112; R.P. WIJNE, *Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade*, 2013, 330; voor Frankrijk: A. LAUDE, “La responsabilité des produits de la santé”, *D. chron.* 1999, (189) 190; J. PEIGNÉ, *o.c.*, *RTDSS* 2007, (294) 298; D. MARGINEAN-FAURE, noot onder CAA Lyon 20 december 2007, *AJDA* 2008, (828) 829.

⁶⁰⁷⁵ Rb. Amsterdam 3 februari 1999, *NJ* 1999, 621; *A v. National Blood Authority* [2001] 3 All ER 289 (2001) and Rb. Brussel 10 februari 2005, *T.Gez.* 2007-2008, 284.

⁶⁰⁷⁶ Considerans 1 Richtlijn 85/374/EEG.

⁶⁰⁷⁷ CAA Paris 18 oktober 2006, *RTDSS* 2007, 290; N. ALBERT, *o.c.*, *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* 2010, 2189.

⁶⁰⁷⁸ N. BROECKX en D. VERHOEVEN, *o.c.*, *EJHL* 2015, (207) 225-226. Zie ook: H.D.C. ROSCAM ABBING, “Organ Transplantation: Challenges for the EU” in Y. ENGLERT (ed.), *Organ and Tissue Transplantation in the European Union*, 1995, (18) 18.

⁶⁰⁷⁹ Zie m.b.t. bloed: *Perlmutter v. Beth David Hospital* [1954] 123 N.E.2d 729 (App.N.Y.); *Sloneker v. St. Joseph’s Hospital* [1964] 233 F.Supp. 105 (Dist.Ct. Color.); *Koenig v. Milwaukee Blood Center, Inc.* [1964] 23 Wis.2d 324 (Supr.Wis.); *Whitehurst v. American National Red Cross* [1965] 1 Ariz.App. 326 (App.Ariz.); *Lovett v. Emory University, Inc.* [1967] 156 S.E.2d 923 (App.Georg.); *White v. Sarasota County Public Hospital Board* [1968] 206 So.2d 19 (Supr.Flor.); *Parr v. Palmyra Park Hospital, Inc.* [1976] 139 Ga.App. 457 (App.Georg.); *Fogo v. Cutter Laboratories, Inc.* [1977] 68 Cal.App.3d 744 (App.Cal.); *Fisher v. Sibley*

gevolgd worden met betrekking tot de Wet Productaansprakelijkheid. Er moet immers worden aangenomen dat deze wet evengoed van toepassing is wanneer een gebrekkig product (*in casu* een orgaan) gebruikt wordt in het kader van een dienst (*in casu* transplantatie). Dit volgt duidelijk uit het *Henning Veedfald*-arrest van het Hof van Justitie, dat betrekking heeft op de beschadiging van een nier door een gebrekkige perfusievloeistof in het kader van een niertransplantatie.⁶⁰⁸⁰

B. Het orgaan als een 'gebrekkig' product

1. Het criterium van de legitieme veiligheidsverwachting

1254. Overeenkomstig artikel 5, lid 1 Wet Productaansprakelijkheid is een product gebrekkig wanneer het niet de veiligheid biedt die men gerechtigd is te verwachten.⁶⁰⁸¹ Dit is een objectief criterium, waarbij dus niet aan de subjectieve verwachtingen van de individuele schadelijder, maar aan de legitieme verwachtingen van het grote publiek of van een objectief afgezonderde doelgroep (bv. patiënten) moet worden getoetst.⁶⁰⁸² Het feit dat de geldende kwaliteits- en veiligheidsnormen (bv. artikelen 3*bis-sexies* Orgaantransplantatiewet) werden nageleefd, sluit niet uit dat het product 'gebrekkig' is, aangezien men gerechtigd kan zijn om een grotere veiligheid te verwachten.⁶⁰⁸³

Met betrekking tot de transfusie van besmet bloed wordt overwegend aangenomen dat men gerechtigd is te verwachten dat het bloed volledig veilig is, ook al betreft het een risico dat nooit met zekerheid uitgesloten kon worden.⁶⁰⁸⁴ Wellicht zal dezelfde gedachtegang zich ook doorzetten naar transplantatie van organen. Aldus zal men in principe gerechtigd zijn te verwachten dat een getransplanteerd orgaan vrij is van gebreken.⁶⁰⁸⁵

1255. Overeenkomstig artikel 5, lid 1 Wet Productaansprakelijkheid moet bij het bepalen van de legitieme veiligheidsverwachtingen echter ook steeds rekening worden gehouden met alle

Memorial Hospital [1979] 403 A.2d 1130 (App.Col.); *Roberts v. Suburban Hosp. Association, Inc.* [1987] 532 A.2d 1081 (App.Mary.); *Howell v. Spokane & Inland Empire Blood Bank* [1990] 785 P.2d 815 (Supr.Wash.); M.J. MILLER, *o.c.*, *Ariz. L. Rev.* 1994, (473) 483. Zie m.b.t. organen: *Heirs of Fruge v. Blood Services* [1973] 365 F.Supp. 1344 (West.Distr.Louis.); L.E. DOUGLASS, "Organ donation, procurement and transplantation: the process, the problems, the law", *UMKC L.Rev.* 1996, (201) 227; X, "Organ Donation and Transplantation" in S. SANBAR *et al.* (eds.), *Legal Medicine*, St. Louis, Mosby, 2004 (6^{de} ed.), (271) 286. Slechts in uitzonderlijke gevallen werd een kwalificatie als 'product' in plaats van 'dienst' aanvaard: *Jackson v. Muhlenberg Hospital* [1967] 96 N.J.Super. 314 (Sup.N.J.); *Cunningham v. MacNeal Mem. Hosp.* [1970] 47 Ill.2d 443 (App.Ill.); *Hines v. St. Joseph's Hospital* [1974] 527 P.2d 1075 (App.New M.); *Moore v. Underwood Memorial Hospital* [1977] 371 A.2d 105 (Super.N.J.); *Shortess v. Touro Infirmary* [1988] 508 So.2d 938 (Sup.Louis.). Zie uitgebreider: N. BROECKX en D. VERHOEVEN, *o.c.*, *EJHL* 2015, (207) 226-227.

⁶⁰⁸⁰ HvJ 10 mei 2001, *Henning Veedfald*, C-203/99 (overweging 12). Zie ook: J.-L. FAGNART, "Transplantation d'organe et responsabilité du fait des produits défectueux" (noot onder HvJ 10 mei 2001), *JT* 2002, (209) 210; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 505-506; D. WUYTS, *o.c.*, *JETL* 2014, (1) 6; N. BROECKX en D. VERHOEVEN, *o.c.*, *EJHL* 2015, (207) 228. Zie buiten de context van productaansprakelijkheid ook: D. PRICE, *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, 2008, 426; N. VAN GELDER, *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, 2015, nr. 359.

⁶⁰⁸¹ Conform art. 6 Richtlijn 85/374/EEG.

⁶⁰⁸² T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 508-509.

⁶⁰⁸³ Vgl. T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 510.

⁶⁰⁸⁴ In die zin: C.J.J.M. STOLKER, *o.c.*, *NJB* 1995, (685) 693; Rb. Amsterdam 3 februari 1999, *NJ* 1999, 621; J. TER HEERDT, *o.c.*, *T. Gez.* 1999-2000, (63) 66; V. DERCKX en H. ROSCAM ABBING, "Patients' right to health protection and quality and safety of blood(products)", *EJHL* 2005, (155) 161; *A v. National Blood Authority* [2001] 3 All.ER 289. *Contra*: A.M.L. BROEKHUIJSEN-MOLENAAR, *Civielrechtelijke aspecten van kunstmatige inseminatie en draagmoederschap*, Deventer, Kluwer, 1991, 126.

⁶⁰⁸⁵ N. BROECKX en D. VERHOEVEN, *o.c.*, *EJHL* 2015, (207) 230. Vgl. ook: HvJ 5 maart 2015, *Boston Scientific Medizintechnik/AOK Sachsen-Anhalt en Betriebskrankenkasse RWE*, C-503/13 en C-504/13, waar inzake pacemakers en implanteerbare cardioverter-defibrillatoren werd geoordeeld dat gelet op de functie ervan en de bijzonder kwetsbare situatie van de patiënten die deze hulpmiddelen gebruiken, de veiligheidseisen voor deze hulpmiddelen, die deze patiënten gerechtigd zijn te verwachten, bijzonder hoog zijn (overweging 39). Zie echter: A. LAUDE, *o.c.*, *D. chron.* 1999, (189) 191, die stelt dat de producent van een menselijk orgaan daarentegen niet aansprakelijk kan worden gesteld wanneer dit product aanleiding geeft tot een uitzonderlijke schadepost die verband houdt met de toestand van de patiënt.

omstandigheden, zoals met name de presentatie van het product, het normaal of redelijkerwijze voorzienbaar gebruik ervan of het tijdstip waarop het in het verkeer is gebracht.⁶⁰⁸⁶

Vooraf de ‘presentatie van het product’ is van belang bij een medisch-technische aangelegenheid zoals de transplantatie van organen. In het algemeen wordt aangenomen dat onjuiste of onvolledige informatie een product gebrekkig maken.⁶⁰⁸⁷ Om de legitieme veiligheidsverwachtingen te beïnvloeden en in alle gevallen een kwalificatie als ‘gebrekkig’ te vermijden, zou de producent dus de ontvanger moeten informeren over alle mogelijke risico’s verbonden aan de transplantatie van organen, ook als het risico zeer uitzonderlijk is en niet door een normaal zorgvuldig persoon zou worden meegedeeld.⁶⁰⁸⁸ In vergelijking met het vereiste van geïnformeerde toestemming in het raam van de foutaansprakelijkheid⁶⁰⁸⁹ is de Wet Productaansprakelijkheid op dit punt dus strenger ten aanzien van de aansprakelijke en biedt ze grotere bescherming ten aanzien van de schadelijder.

Weliswaar biedt het verstrekken van voldoende en juiste informatie over alle potentiële risico’s van orgaantransplantatie een sterke, maar geen absolute garantie dat men niet als producent aansprakelijk zal worden gesteld. De rechter zou ondanks de informatieverstrekking immers nog steeds kunnen oordelen dat de legitieme veiligheidsverwachtingen van het publiek hoger liggen.⁶⁰⁹⁰

2. Het ontwikkelingsrisicoverweer

1256. Ook al is het orgaan gebrekkig, dan nog zou de producent aan zijn productaansprakelijkheid kunnen ontsnappen indien hij het bewijs levert van het bestaan van één van de verweermiddelen opgesomd in artikel 8 Wet Productaansprakelijkheid. Aldus zal de producent niet aansprakelijk zijn indien hij onder meer bewijst dat het “*op grond van de stand van de wetenschappelijke en technische kennis op het tijdstip waarop hij het produkt in het verkeer bracht, onmogelijk was het bestaan van het gebrek te ontdekken*”.⁶⁰⁹¹ Volgens het Hof van Justitie moet de onmogelijkheid tot ontdekking van het gebrek op objectieve wijze worden begrepen, zodat dus de beoordeling niet mag gebeuren op basis van de subjectieve kennis en concrete mogelijkheden van de producent in kwestie, maar wel op basis van de (zelfs meest geavanceerde) stand van de wetenschappelijke en technische kennis zonder meer.⁶⁰⁹² Dit zgn. ‘ontwikkelingsrisicoverweer’ is *in casu* bijzonder interessant, aangezien de transplantatie van organen, zoals gezegd, een aantal risico’s meebrengt die zelfs volgens de hoogste stand van de wetenschap niet steeds kunnen worden ontdekt.⁶⁰⁹³

⁶⁰⁸⁶ Conform art. 6, lid 1 Richtlijn 85/374/EEG.

⁶⁰⁸⁷ P.-H. DELVAUX en L. VANDENHOUTEN, *o.c.*, in J. CRUYPLANTS en J.-L. FAGNART, *Actualités du droit de la santé*, 1999, (199) 219; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 512; A. GRUBB, J. LAING en J. MCHALE, *Principles of medical law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 980-981.

⁶⁰⁸⁸ N. BROECKX en D. VERHOEVEN, *o.c.*, *EJHL* 2015, (207) 230-231. Vgl. M. KUSANOVICH, “Medical malpractice liability and the organ transplant”, *U.S.F.L.Rev.* 1970-71, (223) 266; A. GRUBB, J. LAING en J. MCHALE, *Principles of medical law*, 2010, 1072; *Gober v. Revlon, Inc.* [1963] 317 F.2d 47 (U.S.App.); *Sterling Drug, Inc. v. Cornish* [1967] 370 F.2d 82 (U.S.App.); *Basko v. Sterling Drug, Inc.* [1969] 416 F.2d 417 (U.S.App.); *Cunningham v. Charles Pfizer & Co.* [1974] 532 P.2d 1377 (Supr.Okl.); Parijs 23 september 2004, D. 2005, 1012.

⁶⁰⁸⁹ Zie *supra* Afd. 1, § 2, A.2.b., met name over de verplichting om slechts de ‘relevante’ risico’s mee te delen.

⁶⁰⁹⁰ Vgl. Rb. Amsterdam 3 februari 1999, *NJ* 1999, 621 (bloed besmet met HIV is een gebrekkig product, ook al werd het risico op HIV-besmetting via bloedtransfusie vermeld in de brochure van de bloedbank en in de media). Zie algemeen ook: T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 513.

⁶⁰⁹¹ Art. 8, e Wet Productaansprakelijkheid. Conform art. 7, e Richtlijn 85/374/EEG.

⁶⁰⁹² HvJ 29 mei 1997, *Commission/United Kingdom*, 300/95, overwegingen 26-29; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 546.

⁶⁰⁹³ Cf. *supra* Afd. 2, § 2, A.1. van dit Hoofdstuk.

1257. Weliswaar wordt aangenomen dat de draagwijdte van het ontwikkelingsrisicoverweer strikt moet worden geïnterpreteerd,⁶⁰⁹⁴ wat nadelig voor de producent is. Hoe strikt dit verweermiddel dan wel juist moet worden geïnterpreteerd, kan leiden tot discussie. *Grosso modo* kunnen inzake de transfusie/transplantatie van lichaamsmateriaal drie visies onderscheiden worden.

Volgens de Franse visie kan het ontwikkelingsrisicoverweer nooit worden ingeroepen indien de schade veroorzaakt is door menselijk lichaamsmateriaal. De Franse wetgever heeft dit zo bepaald in artikel 1386-12 Code civil. Dit is echter veeleer een beleidskeuze in plaats van een interpretatie van het ontwikkelingsrisicoverweer en dus niet zomaar transposeerbaar in Belgische context. Bovendien is deze opvatting betwistbaar. De Europese regelgever was terecht van mening dat er een rechtvaardige verdeling van risico's tussen de schadelijder en de producent moet worden bewerkstelligd.⁶⁰⁹⁵ De Franse visie heeft inzake transplantatie van organen e.d. echter enkel oog voor consumentenbescherming door alle risico's bij de producent van organen te plaatsen. Zoals eerder gezegd, kan zo'n strenge kwaliteits- en veiligheidswaarborg de producent afschrikken om nog organen te leveren. In het licht van het orgaantekort lijkt de Franse visie dan ook té rigide te zijn.

Volgens de visie van de rechter in de Engelse bloedtransfusiezaak *A v. National Blood Authority* kan het ontwikkelingsrisicoverweer niet meer worden ingeroepen indien het mogelijke bestaan van het gebrek bekend is, ook al bestaan er geen tests om uit te maken of dit gebrek *in casu* aanwezig is.⁶⁰⁹⁶ Zo wordt alvast een beter evenwicht tussen producent en consument bereikt dan in Frankrijk. Niettemin dreigt deze interpretatie toch ook een sterk ontradend effect te kunnen hebben waardoor wederom het orgaanaanbod zou kunnen worden aangetast.

Volgens de visie van de rechtbank te Amsterdam kan ten slotte wél een beroep worden gedaan op het ontwikkelingsrisicoverweer indien het gebrek niet kon worden gedetecteerd, zelfs al was de mogelijkheid van het bestaan van dit gebrek bekend.⁶⁰⁹⁷ Hiertegen stelde D. Wuyts echter dat voor het ontwikkelingsrisicoverweer slechts de toegankelijke kennis inzake het gebrek en niet de vermijdbaarheid ervan telt.⁶⁰⁹⁸ Toch valt er iets voor de visie van de Amsterdamse rechter te zeggen. Volgens de tekst van de wet heeft het ontwikkelingsrisicoverweer immers betrekking op de ontdekking van het “*bestaan van het gebrek*”,⁶⁰⁹⁹ wat evengoed het effectieve bestaan van het gebrek in het product in kwestie lijkt te betreffen.⁶¹⁰⁰ Bovendien zou deze interpretatie de producent niet té hard afschrikken, maar nog wel voldoende stimuleren om een hoog kwaliteits- en veiligheidsniveau na te streven. Zo

⁶⁰⁹⁴ Memorie van toelichting, *Parl.St.* Kamer 1989-1990, 1262/1, 18; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 545, die dit verklaren op basis van het feit dat dit verweermiddel een uitzondering is op de regel dat bij vervulling van de aansprakelijkheidsvoorwaarden de aansprakelijkheid vaststaat.

⁶⁰⁹⁵ Considerans 7 Richtlijn 85/374/EEG.

⁶⁰⁹⁶ *A v. National Blood Authority* [2001] 3 All ER 289 (mogelijkheid van Hepatitis C-infectie door bloedtransfusie is reeds eerder voorgekomen en duidelijk gedocumenteerd, zodat de producent geacht wordt dit gebrek te kennen). Zie in die zin ook: J. TER HEERDT, *o.c.*, *T. Gez./Rev. Dr. Santé* 1999-00, (63) 66; L. DOMMERING-VAN RONGEN, *Productaansprakelijkheid*, 2000, 113; A. GRUBB, J. LAING and J. MCHALE, *Principles of medical law*, 2010, 1001. Vgl. *Richardson v. LRC Products Ltd.* [2000] 59 BMLR 185 (gescheurd condoom); BGH 9 mei 1995, *NJW* 1995, 2162 (ontploffende waterfles).

⁶⁰⁹⁷ Rb. Amsterdam 3 februari 1999, *NJ* 1999, 621 (de HIV-infectie in het bloed kon gedurende een bepaalde periode in de ontwikkeling van deze infectie niet worden ontdekt). Zie ook: C.J.J.M. STOLKER, *o.c.*, *NJB* 1995, (685) 688 en 694; S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 960.

⁶⁰⁹⁸ D. WUYTS, *o.c.*, *JETL* 2014, (1) 32-33. Zie ook: T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 546.

⁶⁰⁹⁹ Art. 8, e *in fine* Wet Productaansprakelijkheid.

⁶¹⁰⁰ N. BROECKX en D. VERHOEVEN, *o.c.*, *EJHL* 2015, (207) 233; L. DOMMERING-VAN RONGEN, *Productaansprakelijkheid*, 2000, 52.

lijkt een veel beter evenwicht te worden bereikt tussen de nood een kwaliteit en veiligheid enerzijds en het tegengaan van het orgaantekort anderzijds.

Hoe dan ook, een duidelijke uitspraak van het Europees Hof van Justitie over de draagwijdte van het ontwikkelingsrisicoverweer zou zeer welkom zijn.

C. *Causaal verband met de schade*

1258. Overeenkomstig artikel 7 Wet Productaansprakelijkheid moet de ontvanger niet enkel het bestaan van een gebrekkig product maar logischerwijze ook zijn schade en het bestaan van een causaal verband tussen deze schade en het gebrek bewijzen. Met betrekking tot het causaal verband gelden hier geen bijzonderheden zodat *mutatis mutandis* kan worden verwezen naar wat eerder werd gezegd in het raam van de foutaansprakelijkheid.⁶¹⁰¹ Met betrekking tot de schade kan eveneens *mutatis mutandis* worden verwezen naar het deel over de foutaansprakelijkheid,⁶¹⁰² met uitzondering voor de schade toegebracht aan goederen, die slechts onder strikte voorwaarden van artikel 11, § 2 Wet Productaansprakelijkheid kan worden vergoed.

D. *De 'producent' van het orgaan*

1259. Overeenkomstig artikel 1 Wet Productaansprakelijkheid rust de productaansprakelijkheid op de producent van het gebrekkige product. De term 'producent' wordt daarbij ruim ingevuld. Hij omvat namelijk de volgende drie categorieën:

- de fabrikant van (een onderdeel van) een eindproduct; de fabrikant of producent van een grondstof; eenieder die zich als fabrikant of producent aandient door zijn naam, zijn merk of een ander herkenningsteken op het product te brengen⁶¹⁰³
- eenieder die, in het kader van zijn economische werkzaamheden, een product in de Europese Gemeenschap invoert om het te verkopen om het gebruik ervan aan derden over te dragen⁶¹⁰⁴
- de leverancier, indien niet kan worden vastgesteld wie de producent of de EG-invoerder is, tenzij hij binnen redelijke termijn aan het slachtoffer de identiteit meedeelt van de producent, de EG-invoerder of degene die hem het product heeft geleverd⁶¹⁰⁵

In een orgaantransplantatieproces zal het orgaan als 'product' bij de donor (*infra a*) worden weggehaald door het medisch team van een transplantatiecentrum om na toewijzing door de Europese orgaanuitwisselingsorganisatie (*infra b*) te worden geïmplantéerd door het medisch team van een transplantatiecentrum (*infra c*) bij de ontvanger. Hierna zal worden nagegaan welke van deze actoren nu als 'producent' in de zin van de Wet Productaansprakelijkheid kunnen worden beschouwd.

1. De donor als 'producent'

1260. Tot op zekere hoogte zou kunnen worden gezegd dat de donor zijn organen voortbrengt of produceert.⁶¹⁰⁶ Hij is immers de omgeving waarin ze gegroeid zijn tot iets dat na wegneming

⁶¹⁰¹ Zie *supra* Afd. 1, § 1, C van dit Hoofdstuk.

⁶¹⁰² Zie *supra* Afd. 1, § 1, A van dit Hoofdstuk.

⁶¹⁰³ Art. 3 Wet Productaansprakelijkheid. Conform art. 3, lid 1 Richtlijn 85/374/EEG.

⁶¹⁰⁴ Art. 4, § 1 Wet Productaansprakelijkheid. Vergelijkbaar met art. 3, lid 2 Richtlijn 85/374/EEG.

⁶¹⁰⁵ Art. 4, § 2 Wet Productaansprakelijkheid. Conform art. 3, lid 3 Richtlijn 85/374/EEG.

⁶¹⁰⁶ Vgl. T. VANSWEEVELT, *Aids en recht*, 1989, 85, die sperma als voorbeeld geeft.

als een product kan doorgaan. Sommige auteurs menen echter dat de donor niet als ‘producent’ kan worden beschouwd omdat hij zijn lichaamsmateriaal niet vervaardigt of fabriceert.⁶¹⁰⁷ Er kan inderdaad worden aangenomen dat de hoedanigheid van fabrikant (m.a.w. producent *sensu stricto*) een bewuste deelname aan het productieproces impliceert, zodat het loutere voortbrengen van het orgaan in het eigen lichaam niet volstaat.⁶¹⁰⁸ Niettemin kan met D. Verhoeven worden verdedigd dat de donor dan nog wel als leverancier optreedt en in die hoedanigheid als ‘producent’ kan worden beschouwd.⁶¹⁰⁹

1261. Zelfs als men de donor beschouwt als producent (of beter: leverancier), dan nog wil dit niet zeggen dat hij in de praktijk als producent aansprakelijk kan worden gesteld voor een gebrekkig orgaan. Overeenkomstig artikel 8, c Wet Productaansprakelijkheid is de producent immers niet aansprakelijk indien hij bewijst dat “*het product noch voor de verkoop of voor enige andere vorm van verspreiding met een economisch doel van de producent is vervaardigd, noch vervaardigd of verspreid in het kader van de uitoefening van zijn beroep*”.⁶¹¹⁰ Gelet op het commercialiteitsverbod (art. 4 Orgaantransplantatiewet)⁶¹¹¹ zal de donor het orgaan in principe niet leveren voor economische of beroepsmatige doeleinden.⁶¹¹² In lijn met artikel 4, § 2 Orgaantransplantatiewet moet daarbij worden aangenomen dat het ontvangen van een onkostenvergoeding nog niet wil zeggen dat de donor met een economisch oogmerk optreedt.⁶¹¹³

Indien de donor echter in strijd met het commercialiteitsverbod een betaling zou ontvangen in ruil voor het orgaan, dan zou *a contrario* wél kunnen worden gesproken van een economisch oogmerk. In dit geval zou de donor dus als producent aansprakelijk kunnen worden gesteld voor het gebrekkig orgaan.⁶¹¹⁴ Deze interpretatie sluit aan bij de handhaving van het commercialiteitsverbod, aangezien dergelijke productaansprakelijkheid orgaanhandel kan afschrikken.⁶¹¹⁵

2. De orgaanuitwisselingsorganisatie als ‘producent’

1262. Zoals eerder al werd gezegd, is de Europese orgaanuitwisselingsorganisatie (thans Eurotransplant) een vereniging zonder winstoogmerk die in België normaal niet zelf overgaat tot het wegnemen, karakteriseren, evalueren, selecteren en transplanteren van organen.⁶¹¹⁶ Het valt in dat opzicht moeilijk in te zien hoe deze organisatie als een fabrikant, een economisch actieve EG-invoerder of een leverancier kan worden beschouwd. Aldus kan worden gesteld dat

⁶¹⁰⁷ L. CORNELIS, *o.c.*, *RW* 1987-1988, (1139) 1143. Zie ook in die zin : C.J.J.M. STOLKER, *o.c.*, *NJB* 1995, (685) 112; N. ALBERT, *o.c.*, *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* 2010, 2189 ; Y.-H. LELEU en G. GENICOT, “La maîtrise de son corps par la personne”, *JT* 1999, (589) 591, voetnoot 29.

⁶¹⁰⁸ Vgl. A. VAN WASSENAER-VAN CATWIJCK, *Produktenaansprakelijkheid in Europees verband*, 1986, 41-42 ; considerans 4 Richtlijn 85/473/EEG, waar wordt gesproken van “*deelnemers*” aan het productieproces.

⁶¹⁰⁹ N. BROECKX en D. VERHOEVEN, *o.c.*, *EJHL* 2015, (207) 234.

⁶¹¹⁰ Conform art. 7, c Richtlijn 85/374/EEG.

⁶¹¹¹ Zie uitvoerig Deel III, Hoofdstuk I, Afd. 2, § 1.

⁶¹¹² Zie ook: T. VANSWEEVELT, *Aids en recht*, 1989, 85; C.J.J.M. STOLKER, *o.c.*, *NJB* 1995, (685) 689; P.-H. DELVAUX en L. VANDENHOUTEN, *o.c.*, in J. CRUYPLANTS en J.-L. FAGNART, *Actualités du droit de la santé*, 1999, (199) 231; Y.-H. LELEU en G. GENICOT, *o.c.*, *JT* 1999, (589) 591, voetnoot 29; L. DOMMERING-VAN RONGEN, *Productaansprakelijkheid*, 2000, 79; S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 962 en 969.

⁶¹¹³ Zie ook: L. DOMMERING-VAN RONGEN, *Productaansprakelijkheid*, 2000, 79; R.P. WIJNE, *Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2013, 379.

⁶¹¹⁴ J. TER HEERDT, *Het experiment beproefd*, 2000, nr. 567.

⁶¹¹⁵ N. BROECKX en D. VERHOEVEN, *o.c.*, *EJHL* 2015, (207) 235.

⁶¹¹⁶ Cf. *supra* Afd. 2, § 2, B van dit Hoofdstuk.

de Belgische uitwisselingsorganisatie in principe niet als ‘producent’ in de zin van de Wet Productaansprakelijkheid zal kunnen worden aangesproken.⁶¹¹⁷

3. Het medisch team en het transplantatiecentrum als ‘producent’

1263. Ten aanzien van het medisch team en het transplantatiecentrum kan met D. Verhoeven een link worden gelegd met Richtlijn 2001/95/EG van 3 december 2001 van het Europees Parlement en de Raad inzake algemene productveiligheid.⁶¹¹⁸ Deze richtlijn is in België opgenomen in Boek IX van het Wetboek Economisch Recht (WER) en kan complementair worden geacht aan de Wet Productaansprakelijkheid bij het streven naar consumentenbescherming.⁶¹¹⁹ Meer bepaald moet worden opgemerkt dat de ‘producent’ in het raam van Richtlijn 2001/95/EG en van Boek IX van het WER eenieder is die beroepshalve betrokken is bij de dienstverlening, voor zover zijn activiteiten van invloed kunnen zijn op de veiligheidskenmerken van de producten die op de markt worden gebracht.⁶¹²⁰ Met dit in gedachte kan er vervolgens op worden gewezen dat het medisch team en/of het ziekenhuis organen voor transplantatie ten behoeve van kwaliteit en veiligheid ‘bewerken’ door ze bv. te doorspoelen met bewaarvloeistoffen. Ze vervaardigen met andere woorden de organen als een eindproduct voor transplantatie. Om deze redenen zou kunnen worden verdedigd dat de arts en/of het ziekenhuis in de context van orgaantransplantatie als ‘producent’ kunnen worden gekwalificeerd.⁶¹²¹ Indien deze stelling niet wordt aanvaard, dan nog zouden ze als leverancier kunnen worden beschouwd, nu ze het orgaan wel duidelijk leveren aan de ontvanger en er wellicht niemand anders als producent (*sensu stricto*) zal kunnen worden herkend.⁶¹²²

1264. De arts of het transplantatiecentrum zouden echter nog wel aan hun aansprakelijkheid als producent van het gebrekkige orgaan kunnen ontkomen door het bestaan van één van de verweermiddelen uit artikel 8 Wet Productaansprakelijkheid te bewijzen.

Het verweermiddel uit artikel 8, c (bewijs van gebrek aan economisch doel en beroepsuitoefening) lijkt echter alvast geen optie voor hen, aangezien ze wel zullen handelen met economisch doel en in de beroepsuitoefening.⁶¹²³ Zelfs indien de medische dienstverrichting niet rechtstreeks door de patiënt wordt betaald, maar met openbare middelen

⁶¹¹⁷ N. BROECKX en D. VERHOEVEN, *o.c.*, *EJHL* 2015, (207) 235.

⁶¹¹⁸ *Pub. L.* 15 januari 2002, 11/4.

⁶¹¹⁹ N. BROECKX en D. VERHOEVEN, *o.c.*, *EJHL* 2015, (207) 236.

⁶¹²⁰ Art. 2, e, iii Richtlijn 2001/95/EG; art. I.10, 8°, c WER.

⁶¹²¹ Zie ook: R.P. WIJNE, *Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade*, 2013, 334; J. PEIGNÉ, *o.c.*, *RTDSS* 2007, (294) 300; L. CORNELIS, *o.c.*, *RW* 1987-1988, (1139) 1143; P.-H. DELVAUX en L. VANDENHOUTEN, *o.c.*, in J. CRUYPLANTS en J.-L. FAGNART, *Actualités du droit de la santé*, 1999, (199) 231; A. LAUDE, *o.c.*, *D. chron.* 1999, (189) 191; N. BROECKX en D. VERHOEVEN, *o.c.*, *EJHL* 2015, (207) 236-237. Vgl. bloedbanken als ‘producent’ van gebrekkig bloed: *Rostocki v. Southwest Florida Blood Bank* [1973] 276 So.2d 475 (Supr. Flor.); Cass. Fr. 12 april 1995, *JCP* 1995, II, 22467, noot P. JOURDAIN; Parijs 28 november 1991, *D.* 1992, 85, noot A. DORSNER-DOLIVET; CAA Lyon 20 december 2007, *AJDA* 2008, nr. 15, 826, noot D. MARGINEAN-FAURE; Trib. Parijs 1 juli 1991, *JCP* 1991, II, 21.762; A. VAN WASSENAER-VAN CATWIJCK, *Produktenaansprakelijkheid in Europees verband*, 1986, 41-42; T. VANSWEEVELT, *Aids en recht*, 1989, 85; J. FOYER en L. KHAÏAT, “Droit et SIDA: la situation française” in J. FOYER en L. KHAÏAT (eds.), *Droit et Sida. Comparaison internationale*, Parijs, CNRS, 1994, (215) 236; C.J.J.M. STOLKER, *o.c.*, *NJB* 1995, (685) 687; P. JOURDAIN, “La responsabilité civile des centres de transfusion sanguine et des cliniques en cas de contamination de transfusés par le VIH: la cour de cassation prend position”, *La semaine juridique* 1995, nr. 29, 288-290; Y.-H. LELEU and G. GENICOT, *Le droit médical*, 2001, 212; H.J.J. LEENEN, J.C.J. DUTE, J. LEGEMAATE et al., *Handboek gezondheidsrecht*, 2014 (6^{de} ed.), 501. Vgl. *geneesmiddelen*, waarvoor de arts die ze bewerkte alvorens ze toe te dienen, als ‘producent’ wordt beschouwd: T. VANSWEEVELT, *o.c.* in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Vol. I*, 2014, (1255) 1497; A. GRUBB, J. LAING and J. MCHALE, *Principles of medical law*, 2010, 994; M.A. JONES, *Medical negligence*, Londen, Sweet & Maxwell, 2008 (4^{de} ed.), 853.

⁶¹²² T. VANSWEEVELT, *Aids en recht*, 1989, 84; J. TER HEERDT, *o.c.*, *T. Gez.* 1999-2000, (63) 66; J. PEIGNÉ, *o.c.*, *RTDSS* 2007, (294) 300-301; S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 959. *Contra*: N. ALBERT, *o.c.*, *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* 2010, 2189, die een kwalificatie als producent van een orgaan ‘pervers’ acht.

⁶¹²³ N. BROECKX en D. VERHOEVEN, *o.c.*, *EJHL* 2015, (207) 237.

bekostigd wordt, zal er nog steeds sprake zijn van een economisch en beroepsmatig handelen, aangezien het immers nog steeds geen gratis verrichte activiteit betreft.⁶¹²⁴

Het verweermiddel uit artikel 8, a (bewijs dat de producent het product niet in het verkeer heeft gebracht)⁶¹²⁵ zullen ze evenmin kunnen inroepen door te stellen dat het orgaan het ziekenhuis niet heeft verlaten. In het *Henning Veedfald*-arrest heeft het Hof van Justitie immers duidelijk erkend dat een product (*in casu* een gebrekkige spoelvroeststof) wel degelijk in het verkeer is gebracht wanneer het gebruikt wordt voor een specifieke medische dienst (*in casu* het voorbereiden van een nier voor transplantatie bij een bepaalde patiënt), zelfs al heeft dit product nooit de medische controlesfeer verlaten.⁶¹²⁶ Met D. Verhoeven wordt verdedigd dat dezelfde redenering opgaat indien het gebrekkig product het orgaan zelf zou betreffen.⁶¹²⁷

§ 2. OVERIGE FOUTLOZE AANSPRAKELIJKHEIDSGRONDEN

A. *Buitencontractuele aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken*

1265. Overeenkomstig artikel 1384, lid 1 BW is eenieder aansprakelijk voor de schade veroorzaakt door de daad van de zaak die men onder zijn bewaring heeft. Algemeen wordt aanvaard dat deze aansprakelijkheidsgrond meer bepaald de vervulling van vijf toepassingsvoorwaarden vereist⁶¹²⁸: een zaak, een gebrek in de zaak, schade aan een derde, een causaal verband tussen de gebrekkige zaak en de schade en een aangesprokene die bewaarder van de zaak is. Zoals eerder al werd verdedigd, moet een orgaan na afscheiding van het menselijk lichaam juridisch als een zaak worden gekwalificeerd.⁶¹²⁹ Het vereiste van een ‘zaak’ belet dus alvast niet dat artikel 1384, lid 1 BW wordt toegepast op afgescheiden organen.⁶¹³⁰ Bovendien kan een orgaan een ‘gebrekkige’ zaak zijn. Er is sprake van een ‘gebrekkige’ zaak wanneer de vergelijking met de modelzaak uitwijst dat de zaak in kwestie een abnormaal kenmerk vertoont, ongeacht de oorsprong (natuurlijk of menselijk) of de aard (zichtbaar of verborgen) van het gebrek.⁶¹³¹ Voor organen zal bv. een HIV-infectie⁶¹³² of een gelijkaardig gebrek gebrek aan kwaliteit en veiligheid als zo’n abnormaal kenmerk kunnen doorgaan, hoewel dit telkens geval per geval moet worden beoordeeld. Dergelijke gebrek kan vanzelfsprekend in causaal verband staan met schade.⁶¹³³ Op basis van artikel 1384, lid 1 BW kan echter enkel de schade aan een ‘derde’ worden vergoed, wat een buitencontractuele band tussen de ontvanger en de bewaarder van het orgaan veronderstelt. Dit zal niet het geval zijn wanneer er tussen ontvanger en de bewaarder bv. een transplantatie-overeenkomst bestaat.

⁶¹²⁴ HvJ 10 mei 2001, *Henning Veedfald*, C-203/99, overwegingen 21-22.

⁶¹²⁵ Overeenkomstig art. 6 Wet Productaansprakelijkheid is “*in het verkeer brengen*” de eerste daad waaruit de bedoeling van de producent blijkt om aan het product de bestemming te verlenen die hij aan dat product geeft door overdracht aan derden of door gebruik ten behoeve van laatstgenoemden.

⁶¹²⁶ HvJ 10 mei 2001, *Henning Veedfald*, C-203/99, overwegingen 17-18; J.-L. FAGNART, *o.c.*, *JT* 2002, (209) 212, die uit dit arrest afleidt dat het louter gebruik in het raam van de professionele activiteit gelijkgesteld moet worden met het in verkeer brengen.

⁶¹²⁷ N. BROECKX en D. VERHOEVEN, *o.c.*, *EJHL* 2015, (207) 237. Zie ook: J. PEIGNÉ, *o.c.*, *RTDSS* 2007, (294) 299; N. ALBERT, *o.c.*, *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* 2010, 2189; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 537; R.P. WIJNE, *Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade*, 2013, 377.

⁶¹²⁸ T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 454.

⁶¹²⁹ *Supra* Deel III, Hoofdstuk I, Afd. 1, § 2, B.1.

⁶¹³⁰ T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 457.

⁶¹³¹ T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 467-469.

⁶¹³² Vgl. T. VANSWEEVELT, *Aids en recht*, 1989, 87, waar HIV-besmet lichaamsmateriaal impliciet als een gebrekkige zaak lijkt te worden beschouwd.

⁶¹³³ Wat betreft het causaal verband en de schade kan *mutatis mutandis* worden verwezen naar wat in het raam van de foutaansprakelijkheid werd gezegd. In vergelijking met de Wet Productaansprakelijkheid heeft artikel 1384, lid 1 BW als voordeel dat er geen beperking meer geldt ten aanzien van de vergoeding van eventuele zaakschade. Weliswaar komt enkel schade

1266. De meest problematische aansprakelijkheidsvoorwaarde is hier toch wel de hoedanigheid van ‘bewaarder’ van het gebrekkige orgaan. Dit is degene die op het moment van de schadeverwekkende gebeurtenis voor eigen rekening de zaak gebruikt, ervan geniet of ze behoudt, met de (feitelijke) macht om er toezicht, leiding en controle op uit te oefenen, zonder dat vereist is dat de bewaarder ook effectief het meesterschap uitoefende.⁶¹³⁴ Het moment van de inplanting van het gebrekkige orgaan kan *in casu* worden beschouwd als het moment van de schadeverwekkende gebeurtenis.⁶¹³⁵

Met betrekking tot de levende orgaandonor werd eerder verdedigd dat deze in principe het eigendomsrecht op het weggenomen orgaan behoudt totdat dit orgaan bij de ontvanger is geïmplantéerd.⁶¹³⁶ Weliswaar zal hij tijdens de wegnemings- en implantatieprocedure wegens de narcose niet meer de mogelijkheid tot feitelijk meesterschap hebben, zodat hij niet als bewaarder van het gebrekkige orgaan zal kunnen worden beschouwd.⁶¹³⁷ Ook de overleden orgaandonor zal wegens zijn dood niet meer het feitelijke meesterschap over het orgaan kunnen bezitten en dus evenmin als bewaarder kunnen doorgaan.

Met betrekking tot de Europese orgaanuitwisselingsorganisatie werd eerder al gesteld dat ze de organen nooit echt ‘in handen’ krijgt, maar slechts de meest gepaste ontvangers zoekt en instaat voor het bijhouden en beheren van bepaalde kwaliteits- en veiligheidsgegevens.⁶¹³⁸ Bijgevolg kan m.i. worden aangenomen dat deze organisatie geen feitelijk meesterschap over het gebrekkige orgaan zal kunnen uitoefenen en dus evenmin als bewaarder kan worden gekwalificeerd.

Met betrekking tot de artsen en ziekenhuizen werd tot dusver in de rechtsleer gesteld dat ook zij *niet* als bewaarder van het gebrekkig lichaamsmateriaal kunnen worden beschouwd omdat zij de controlebevoegdheid verliezen vanaf de toediening of transplantatie ervan.⁶¹³⁹ Dezelfde conclusie zou echter ook via een andere redenering kunnen worden bereikt. Zo zou kunnen worden gesteld dat de artsen/ziekenhuizen tijdens de inplanting (d.i. het moment van schadeverwekking) nog wél het gebrekkige orgaan gebruiken en een feitelijk meesterschap erover uitoefenen, maar dat ze het orgaan weliswaar niet meer voor eigen rekening gebruiken, slechts voor rekening van een ander, nl. de donor dan wel de ontvanger.⁶¹⁴⁰ Nog een ander argument waarmee de kwalificatie van arts/ziekenhuis als bewaarder zou kunnen worden afgewezen, is dat zij desgevallend in een contractuele verhouding met de ontvanger staan, zodat het samenloopverbod een beroep op artikel 1384, lid 1 BW verhindert.⁶¹⁴¹ Gelet op al het voorgaande leidt dit tot het besluit dat artikel 1384, lid 1 BW van weinig nut zal zijn voor de ontvanger die door transplantatie van het gebrekkige orgaan schade heeft geleden.⁶¹⁴²

⁶¹³⁴ T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, 2009, 479-481.

⁶¹³⁵ Vgl. T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, Antwerpen, Maklu, 1992, 687-690; Brussel 4 mei 1994, *RGAR* 1996, nr. 12.671, noot R.O.D. (“dat in casu de schade ongetwijfeld werd berokkend op het ogenblik dat het besmette bloed (...) werd toegediend in de kliniek”); S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 958.

⁶¹³⁶ Cf. *supra* Deel IV, Hoofdstuk III, Afd. 8, § 3, A.2.a.

⁶¹³⁷ Zie ook: T. VANSWEEVELT, *Aids en recht*, 1989, 87, die stelt dat de donor zijn lichaamsmateriaal afstaat aan de bloed-, sperma-, orgaan- of weefselbanken, waardoor deze banken er eigenaar van worden en de donor er in principe geen beschikkingsmacht meer over heeft.

⁶¹³⁸ Cf. *supra* Afd. 2, § 2, B van dit Hoofdstuk.

⁶¹³⁹ T. VANSWEEVELT, *Aids en recht*, 1989, 87-88; C. DALCQ, o.c. in M. VINCINEAU (ed.), *Le SIDA*, 1991, (283) 293-294.

⁶¹⁴⁰ *Contra*: Brussel 4 mei 1994, *RGAR* 1996, nr. 12.671, noot R.O.D., waar werd geoordeeld dat het de zorgverstrekkers in de kliniek zijn die “autonom en voor eigen rekening beslissen aan welke patiënt het bloed wordt toegediend en in welke hoeveelheid” (eigen onderlijning).

⁶¹⁴¹ S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 958.

⁶¹⁴² *Contra*: Mondelinge vraag van de heer Jacques Germeaux aan de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid over “de veiligheidsmaatregelen inzake orgaantransplantatie en hondsdelheid” en mondelinge vraag van de heer Hugo Vandenberghe aan de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid over “het testen van donororganen op hondsdelheid”, *Hand. Senaat* 2004-05, 24 februari 2005, (Vr. nr. 3-589 en 3-593), waar het ziekenhuis blijkaar wél als bewaarder van het orgaan werd beschouwd.

B. Contractuele aansprakelijkheid voor verkochte zaken met verborgen gebreken

1267. Overeenkomstig artikel 1641 e.v. BW is de verkoper in principe gehouden tot vrijwaring voor de verborgen gebreken van de verkochte zaak, zelfs indien hij het gebrek niet kende. Indien de verkoper het gebrek wel kende, dan is hij volgens artikel 1654 BW niet alleen gehouden tot teruggave van de prijs, maar bovendien ook tot vergoeding van alle schade aan de koper. Met betrekking tot besmet bloed werd reeds aanvaard dat dit een gebrek in de zin van artikel 1641 e.v. BW kan uitmaken.⁶¹⁴³ Hetzelfde zou gezegd kunnen worden van organen.

Ten aanzien van de donor zal dergelijke verkopersaansprakelijkheid echter niet mogelijk zijn. Overeenkomstig artikel 4, § 1 Orgaantransplantatiewet kan de donor (of een naaste) zijn organen immers niet verkopen.⁶¹⁴⁴ Deze bepaling is wegens de eraan gekoppelde strafbaarstelling⁶¹⁴⁵ van openbare orde. Volgens artikel 6 BW kan er tussen donor en ontvanger dus nooit rechtsgeldig een verkoopsovereenkomst met betrekking tot het orgaan ontstaan, zodat artikelen 1641 e.v. BW niet van toepassing zijn.⁶¹⁴⁶

Ten aanzien van de Europese orgaanuitwisselingsorganisatie (Eurotransplant) zal er feitelijk evenmin een verkoopsovereenkomst met de ontvanger tot stand komen, nu deze organisatie normaal geen eigenaar van de organen zal zijn en evemin een prijs zal ontvangen in ruil voor de overdracht van dergelijke eigendom.

Ten aanzien van artsen en ziekenhuizen liggen de zaken niet zo eenduidig. Enerzijds veronderstelt een verkoopsovereenkomst, zoals gezegd, dat de verkoper (*in casu* de arts of het ziekenhuis) eigendom overdraagt aan de koper (*in casu* de ontvanger). Hoewel arts of ziekenhuis zeker niet altijd eigenaar van het orgaan zullen zijn, kan dit nochtans niet absoluut worden uitgesloten. Het bestaan van zo'n eigendomsrecht (en de wil om dit recht in het raam van een verkoop over te dragen) zal geval per geval moeten worden beoordeeld. Anderzijds veronderstelt een verkoopsovereenkomst, zoals gezegd, dat de arts of het ziekenhuis in ruil voor het orgaan een prijs van de ontvanger-koper ontvangen. Welnu, overeenkomstig artikel 4, § 4 Orgaantransplantatiewet mag het wegnemen van organen niet met winstoogmerk gebeuren. Op basis hiervan zou op het eerste gezicht een verkoopcontract tussen arts/ziekenhuis en de ontvanger m.b.t. het orgaan kunnen worden afgewezen. Het hof van beroep te Brussel besliste echter reeds dat een bloedbank als verkoper van besmet bloed aansprakelijk kan zijn overeenkomstig artikel 1641 e.v. BW wanneer zij het bloed tegen betaling van een prijs ter beschikking stelt, "*ook al realiseert zij daarbij geen winsten en dekt de prijs enkel de kosten*" (eigen onderlijning).⁶¹⁴⁷ Indien de arts/ziekenhuis dus de eigendom van het orgaan tegen betaling van een kostenvergoeding aan de ontvanger zou overdragen, dan riskeren ze om als verkoper voor de verborgen gebreken in dat orgaan aansprakelijk te worden gesteld. Om deze aansprakelijkheid te ontsnappen, zullen ze dan moeten aantonen dat de vordering van de koper niet binnen de vereiste 'korte' termijn werd ingesteld (*cf.* art. 1648 BW)⁶¹⁴⁸ of dat het

⁶¹⁴³ Brussel 4 mei 1994, *RGAR* 1996, nr. 12.671, noot R.O.D.; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, Antwerpen, Maklu, 1992, 643; J. TER HEERDT, *o.c.*, *T. Gez./Rev. Dr. Santé* 1999-00, (63) 66. Schijnbaar *contra*: P.-H. DELVAUX en L. VANDENHOUTEN, *o.c.* in J. CRUYPLANTS en J.-L. FAGNART (eds.), *Actualités du droit de la santé*, Brussel, Jeune barreau de bruxelles, 1999, (199) 202 en 213, waar men blijkbaar van mening is dat bloed niet het voorwerp van een koop-verkoop kan uitmaken.

⁶¹⁴⁴ Zie uitvoeriger *supra* Deel III, Hoofdstuk I, Afd. 2, § 1, A.

⁶¹⁴⁵ Art. 17, § 3, lid 1 Orgaantransplantatiewet.

⁶¹⁴⁶ Zie ook: R. DIERKENS, *Lichaam en lijk*, 1962, 62.

⁶¹⁴⁷ Brussel 4 mei 1994, *RGAR* 1996, nr. 12.671, kritische noot R.O.D. Zie ook: S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 963.

⁶¹⁴⁸ Zie hierover: T. VANSWEEVELT, *Aids en recht*, 1989, 82.

onmogelijk was om het gebrek te kunnen kennen (de zgn. ‘onoverwinnelijke onwetendheid’).⁶¹⁴⁹

Afdeling 4. Voorstel tot interpretatieve evenwichtigheid

1268. Uit het voorgaande volgt dat de orgaanontvanger zonder twijfel een recht op kwaliteitsvolle en veilige organen heeft binnen de contouren van het burgerrechtelijke aansprakelijkheidsrecht. Dit recht speelt in verschillende verhoudingen binnen het transplantatiegebeuren, waarbij uiteindelijk een *summa divisio* kan worden gemaakt tussen de niet-zorgverleners (§ 1) en de zorgverleners (§ 2). Hierna volgen voor beide categorieën een aantal algemene bedenkingen met aanwijzingen voor de toekomst.

§ 1. NIET-ZORGVERLENERS

1269. De verhoudingen met niet-zorgverleners betreffen met name de orgaandonor (of zijn naasten), de Europese orgaanuitwisselingsorganisatie en de overheid. Het bovenstaande onderzoek heeft uitgewezen dat het recht op kwaliteit en veiligheid van de ontvanger ten aanzien van deze actoren het minst uitgesproken is.

Ten aanzien van de *donor* (of zijn naasten) is immers gebleken dat aansprakelijkheid wegens transplantatie van organen met kwaliteits- en veiligheidsgebreken bijna niet mogelijk zal zijn. Slechts in twee gevallen lijkt aansprakelijkheid realistisch. Ofwel kent de ontvanger de levende donor reeds vóór de orgaanwegname.⁶¹⁵⁰ In dit geval kan meer bepaald gedacht worden aan foutaansprakelijkheid. Echter, doorgaans zal er dan een hechte emotionele band tussen donor en ontvanger bestaan,⁶¹⁵¹ zodat de ontvanger wellicht niet snel geneigd zal zijn om schadevergoeding te eisen. Bovendien kunnen dergelijke aansprakelijkheidsvorderingen in de toekomst donoren afschrikken om nog te doneren. Ook zal een donor als particulier niet steeds solvabel genoeg zijn om de ontvanger effectief een volledige vergoeding te kunnen opleveren. Deze overwegingen nopen ertoe dat er zeer voorzichtig wordt omgesprongen met de foutaansprakelijkheid van levende donoren. Ofwel gaat het om een donor die zijn orgaan verkocht heeft. In dat geval kan foutloze productaansprakelijkheid een optie zijn. Dit valt wél toe te juichen, aangezien dit een extra middel in de strijd tegen orgaanhandel oplevert.⁶¹⁵²

Ten aanzien van de *Europese orgaanuitwisselingsorganisatie* zal er van aansprakelijkheid wegens het transplanteren van organen met kwaliteits- en veiligheidsgebreken eveneens niet zo gemakkelijk sprake zijn. Slechts bij organisatiefouten of administratieve fouten in het raam van haar opdracht lijkt deze organisatie een interessant aanspreekpunt.⁶¹⁵³

Ten aanzien van de *overheid* zal de aansprakelijkheid zich wellicht eveneens beperken tot organisatiefouten. Zoals echter al aangegeven, zullen de fout van de overheid en/of het causaal verband met de schade veroorzaakt door een kwaliteitsloos of onveilig orgaan niet gemakkelijk te bewijzen zijn.⁶¹⁵⁴

⁶¹⁴⁹ Vgl. T. VANSWEEVELT, *Aids en recht*, 1989, 79-81; J. TER HEERDT, o.c., *T. Gez./Rev. Dr. Santé* 1999-00, (63) 66; S. PANIS, *Stamcellen en recht*, 2015, 963.

⁶¹⁵⁰ Zie immers *supra* in verband met het anonimiteitsgebod en de invloed hiervan op de aansprakelijkheid: *supra* Afd. 2, § 2, C van dit Hoofdstuk.

⁶¹⁵¹ Zie *supra* Deel IV, Hoofdstuk I, Afd. 1.

⁶¹⁵² Zie *supra* Afd. 3, § 1, D.1. van dit Hoofdstuk.

⁶¹⁵³ Zie *supra* Afd. 2, § 2, B en Afd. 3, § 1, D.2. en § 2 van dit Hoofdstuk.

⁶¹⁵⁴ Zie *supra* Afd. 2, § 2, D.

Het is duidelijk dat de aansprakelijkheid van niet-zorgverleners voor kwaliteitsloze en onveilige organen geen evidentie is, wat in het algemeen dan ook maar weinig compensatoire en preventieve effecten op dit vlak voortbrengt. Het recht op kwaliteitsvolle en veilige organen in de verhoudingen met niet-zorgverleners zal dus niet volstaan om een adequaat kwaliteits- en veiligheidsbeleid te schragen.

§ 2. ZORGVERLENERS

1270. Ten aanzien van de beroepsbeoefenaars (artsen, verplegers, transplantatie-coördinatoren, ...) en de ziekenhuizen is het recht op kwaliteit en veiligheid van de ontvanger veel sterker aanwezig. Algemeen genomen is dit ook terecht. Deze zorgverleners zullen doorgaans voldoende solvabel zijn, mede dankzij verzekeringen, zodat de compensatoire functie van het aansprakelijkheidsrecht goed tot zijn recht kan komen. Bovendien oefenen deze actoren doorgaans de belangrijkste invloed uit op de kwaliteit en veiligheid van het orgaan, zodat zij degene zijn waar de preventieve functie van het aansprakelijkheidsrecht doorgaans het meeste effect zal hebben. Zowel fout- als foutloze aansprakelijkheid bieden hiertoe mogelijkheden.

1271. Inzake foutaansprakelijkheid werd aangetoond dat doorheen het transplantatieproces verschillende kwaliteits- en veiligheidsfouten denkbaar zijn. Tegelijk is duidelijk geworden dat deze aansprakelijkheidsoptie geen sinecure is. Allereerst komt het erop aan om te achterhalen wie van de vele betrokkenen best kan worden aangesproken. Vervolgens rust er op de ontvanger nog een zware bewijslast. Met betrekking tot de selectie (en in mindere mate ook de karakterisering) hebben de zorgverstrekkers een beoordelingsmarge,⁶¹⁵⁵ zodat het aantonen van een fout niet evident is. Met betrekking tot de aspecten waarvoor er (ter omzetting Richtlijn 2010/53/EU) wel duidelijke gedragsstandaarden werden neergelegd, blijft bovendien het bewijs van het causaal verband een mogelijk obstakel. Het verbaast dus niet dat slechts in de minderheid van de buitenlandse gepubliceerde rechtszaken omtrent kwaliteitsloze en onveilige organen werd geoordeeld tot foutaansprakelijkheid van de zorgverstrekker. Via de foutaansprakelijkheid van de zorgverleners zullen compensatie van de ontvanger en preventie dus beperkt zijn.

1272. Op het vlak van foutloze aansprakelijkheid zijn er verschillende aansprakelijkheidsgronden denkbaar, maar telkens wordt men met interpretatiemoeilijkheden geconfronteerd. In het algemeen lijkt vooral de Wet productaansprakelijkheid een interessante optie voor de ontvanger te zullen zijn. Hoewel hij hierbij nog steeds te kampen heeft met het causaliteitsbewijs, wordt hij niet langer geconfronteerd met het foutbewijs. In de plaats zal nu het bewijs van een ‘gebrek’ in het orgaan moeten worden bewezen. In het algemeen lijkt deze voorwaarde veel sneller tot aansprakelijkheid te zullen leiden dan het foutvereiste. Bijgevolg heeft de productaansprakelijkheid een sterkere compensatoire en preventieve functie, wat de kwaliteit en veiligheid van organen ten goede kan komen. Het voorzien in een algehele aansprakelijkheidsimmunititeit van zorgverstrekkers voor productaansprakelijkheid, zoals bv. de Amerikaanse *Blood Shield Statutes*,⁶¹⁵⁶ lijkt dan ook niet wenselijk.

⁶¹⁵⁵ Cf. *supra* Afd. 2, § 2, A.2.a.

⁶¹⁵⁶ Regelmatig valt ook ander lichaamsmateriaal dan bloed, zoals organen, onder deze immunitetsbepalingen. Zie: L.E. DOUGLASS, o.c., *UMKC L.Rev.* 1996, (201) 227; S.S. SANBAR, F. BUCKNER *et al.*, *Legal Medicine*, St. Louis, Mosby, 2004, 286 en 409.

Nochtans bestaat het risico dat deze productaansprakelijkheid té streng wordt toegepast. Het voorbeeld bij uitstek is de manier waarop het ontwikkelingsrisicoverweer wordt geïnterpreteerd.⁶¹⁵⁷ Een te strikte interpretatie van dit verweermiddel kan tot gevolg hebben dat de zorgverstrekkers de schadelast van de ontvanger zelfs moeten dragen wanneer ook zij het kwaliteits- en veiligheidsrisico niet konden ontdekken. De strikte toepassing van de Wet productaansprakelijkheid kan zo het risico op professionele aansprakelijkheid en daarmee ook de verzekeringspremies van de zorgverstrekkers de hoogte in stuwen, met wellicht een doorrekening van deze kosten naar de nakomende ontvangers tot gevolg. In het ergste geval zou ze zelfs de zorgverstrekkers kunnen afschrikken om nog (bepaalde) transplantaties uit te voeren.⁶¹⁵⁸ Gelet op het orgaantekort kan dit vanzelfsprekend zeer nadelig zijn voor sommige ontvangers.

1273. Om de nadelen van een uiterst strikte toepassing van de foutloze productaansprakelijkheid te vermijden, moet m.i. een *interpretatieve evenwichtigheid* aan de dag worden gelegd. Bij het interpreteren van de productaansprakelijkheidsvoorwaarden in het licht van orgaantransplantatie moet men zich namelijk steeds bewust zijn van het delicate evenwicht dat wegens het orgaantekort moet worden gezocht tussen orgaankwaliteit en orgaankwantiteit.⁶¹⁵⁹ Dergelijk interpretatief evenwicht is des te meer verantwoord omdat het verlies aan compensatoire en preventieve functie kan worden opgevangen via andere manieren dan (product)aansprakelijkheid.

Met betrekking tot de *compensatie* van de ontvanger kan kort gewezen worden op het Fonds Medische Ongevallen,⁶¹⁶⁰ dat voor schadegevallen na 2 april 2010⁶¹⁶¹ soms zelfs *zonder* aansprakelijkheid de patiënt kan vergoeden ten laste van de maatschappelijke solidariteit.⁶¹⁶² Hiertoe is vereist dat⁶¹⁶³: 1) het gaat om een ongeval in verband met een gezondheidszorgverstrekking,⁶¹⁶⁴ 2) dat geen aanleiding geeft tot aansprakelijkheid van een zorgverlener, 3) dat niet voortvloeit uit de toestand van de patiënt,⁶¹⁶⁵ 3) dat voor de patiënt ‘abnormale schade’ met zich meebrengt⁶¹⁶⁶ en 5) dat ernstig genoeg is (m.a.w. blijvende

⁶¹⁵⁷ Zie *supra* Afd. 3, § 1, B.2. van dit Hoofdstuk.

⁶¹⁵⁸ Zie ook: N. BROECKX en D. VERHOEVEN, *o.c.*, *EJHL* 2015, (207) 238; *Hutchins v. Blood Services of Montana* [1973] 506 P.2d 449 (Supr.Mont) ; *Wichita Falls General Hospital v. Adolf* [1987], 728 S.W.2d 604; *Colavito v. New York Organ Donor Network Inc.*, 438 F.3d 214 (U.S. CA, 2nd Circ., 2006).

⁶¹⁵⁹ Cf. *supra* Afd. 1 van dit Hoofdstuk.

⁶¹⁶⁰ Dit is een bijzondere dienst van het Rijksinstituut voor ziekte- en invaliditeitsverzekering. Cf. art. 2, 10° wet betreffende de vergoeding van schade als gevolg van gezondheidszorg, BS 2 april 2010 (verkort: Wet Medische Ongevallen).

⁶¹⁶¹ Art. 35, § 2 Wet Medische Ongevallen.

⁶¹⁶² Daarnaast zal het Fonds ook tot vergoeding overgaan indien het meent dat de zorgverlener wél aansprakelijk is, maar 1) diens aansprakelijkheid niet of onvoldoende gedekt is door een verzekeringsovereenkomst, 2) hij of zijn verzekeraar de aansprakelijkheid betwist en de schade ernstig is of 3) de verzekeraar van de zorgverlener een kennelijk ontoereikend vergoedingsvoorstel doet. Zie art. 4 Wet Medische Ongevallen.

⁶¹⁶³ Zie art. 2, 7°, art. 4, 1° en art. 5 Wet Medische Ongevallen.

⁶¹⁶⁴ De schade zal geen gevolg zijn van een gezondheidszorgverstrekking indien er louter sprake is van een therapeutisch falen. De wetgever heeft dan ook het therapeutisch falen uitdrukkelijk uitgesloten als vorm van medisch ongeval zonder aansprakelijkheid (art. 2, 7° *in fine* Wet Medische Ongevallen). Vgl. ook: CAA Versailles 25 mei 2010, n°08VE02901, www.legifrance.gouv.fr (het overlijden van de ontvanger ten gevolge van een mislukte levertransplantatie kan *in casu* niet in causaal verband worden gebracht met de bacteriële infectie, zodat vergoeding op basis van de nationale solidariteit bij gebrek aan causaal verband met een zorgverstrekking niet mogelijk is; *a contrario* kan uit deze uitspraak worden afgeleid dat aansprakelijkheidsloze vergoeding wel mogelijk zou zijn indien de mislukking van de levertransplantatie wel in causaal verband kan worden gebracht met een bacteriële infectie van het transplantaat).

⁶¹⁶⁵ Zo meende de wetgever dat er dus geen aansprakelijkheidsloze vergoeding via het Fonds mogelijk zijn indien bv. bij een niertransplantatie de nier door het lichaam van de ontvanger wordt afgestoten (Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2009-10, nr. 52-2240/1, 27).

⁶¹⁶⁶ Art. 2, 7° Wet Medische Ongevallen preciseert dat de schade abnormaal is wanneer ze zich niet had moeten voordoen rekening houdend met de huidige stand van de wetenschap, de toestand van de patiënt en zijn objectief voorspelbare evolutie. Vgl. CAA Versailles 25 mei 2010, n°08VE02901, www.legifrance.gouv.fr (arteriële trombose in de lever die een levertransplantatie deed mislukken en tot de dood van de ontvanger leidde, kan niet worden beschouwd als een abnormaal gevolg, gelet op zijn gezondheidstoestand en de voorzienbare evolutie ervan).

invaliditeit van 25% of meer of tijdelijke arbeidsongeschiktheid gedurende minstens zes opeenvolgende maanden of zes niet opeenvolgende maanden over een periode van twaalf maanden of bijzonder zware verstoring van de levensomstandigheden of overlijden). Het staat buiten kijf dat orgaantransplantatie t.a.v. de ontvanger een gezondheidszorgverstrekking is en dus binnen het bereik van het Fonds valt.⁶¹⁶⁷ Weliswaar werd tijdens de parlementaire voorbereidingen gesteld dat het Fonds niet mag overgaan tot vergoeding van schade veroorzaakt door (gebrekkige) producten. De motivering hiervoor was dat er reeds een foutloze aansprakelijkheid voor gebrekkige producten bestaat, nl. de Wet Productaansprakelijkheid.⁶¹⁶⁸ Weliswaar werd hierboven nu net betoogd dat de Wet Productaansprakelijkheid wegens het orgaantekort niet te streng mag worden geïnterpreteerd ten nadele van de zorgverleners, wat betekent dat deze wet niet steeds in alle gevallen van schade door gebrekkige organen tot foutloze aansprakelijkheid kan/mag leiden. Aldus moet m.i. worden besloten dat het argument van de wetgever ter uitsluiting van producten uit de aansprakelijkheidsloze vergoedingsregeling van het Fonds Medische Ongevallen geen steek houdt voor organen. Dit vormt dan een sterk argument om schade ten gevolge van gebrekkige organen wél binnen de vergoedings sfeer van het Fonds te brengen. Hiervoor hoeft strikt genomen geen wetswijzing aan te pas komen, aangezien de tekst van de Wet Medische Ongevallen om te beginnen nooit gebrekkige producten van haar toepassingsgebied heeft uitgesloten.⁶¹⁶⁹ Ten behoeve van de rechtszekerheid kan desnoods wel een expliciete bevestiging van de toepasbaarheid van de wet op organen worden voorzien indien de wetgever vastberaden is om de uitsluiting voor andere producten te handhaven.

Met betrekking tot de *preventie* van risicogedrag zal de vergoeding door het Fonds Medische Ongevallen echter niet pertinent zijn, aangezien de zorgverstrekkers bij gebrek aan aansprakelijkheid minder prikkels zullen hebben om de kwaliteits- en veiligheidsstandaard zo hoog mogelijk te houden.⁶¹⁷⁰ Preventie van kwaliteits- en veiligheidsrisico's zal daarentegen nog wel kunnen worden bewerkstelligd door het verzamelen en analyseren van alle transplantatieresultaten.⁶¹⁷¹ Enerzijds zullen de zorgverstrekkers hierdoor lessen kunnen trekken met het oog op een duidelijke definiëring van veiligheidslimieten en een betere risicobeoordeling.⁶¹⁷² Anderzijds laat dit juistere informatieverstrekking toe,⁶¹⁷³ zodat de ontvanger zelf kan beslissen om kwaliteits- en veiligheidsrisico's die de artsen aanvaardbaar achten, alsnog uit de weg te gaan. Dergelijk systeem van dataverzameling en –analyse is reeds

⁶¹⁶⁷ Een 'verstrekking van gezondheidszorg' wordt in art. 2, 4° Wet Medische Ongevallen immers gedefinieerd als de door een zorgverlener verstrekte diensten met het oog op het bevorderen, vaststellen, behouden, herstellen of verbeteren van de gezondheidstoestand van de patiënt of om de patiënt bij het sterven te begeleiden. Vgl. de inleidende randnummers aan het begin van dit Deel inzake het toepassingsgebied van de Wet Patiëntenrechten. Zie ook: Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2009-10, nr. 52-2240/1, 27 (impliciet). Vgl. voor Frankrijk: N. NEFUSSY-LEROY, *Organes humains*, 1999, 225 e.v.

⁶¹⁶⁸ T. VANSWEEVELT, "De Wet Medische Ongevallen", *T. Gez.* 2010-11, (84) 96, die onder meer bloed als voorbeeld van een uitgesloten, gebrekkig product noemt, maar er daarbij ter nuancering op wijst dat het slachtoffer van zo'n product nog wel een beroep kan doen op het Fonds teneinde een expertiseverslag te bekomen.

⁶¹⁶⁹ Vgl. T. VANSWEEVELT, "De Wet Medische Ongevallen" in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Vol. I*, 2014, (1579) 1592-1593, die er op basis van dit tekstargument en andere argumenten er overtuigend voor pleit om de Wet Medische Ongevallen wél op producten toe te passen. Zie o.a. ook: I. BOONE en S. LIERMAN (eds.), *Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen. Praktijkgerichte analyse van de wet van 31 maart 2010*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 46-47 en 65.

⁶¹⁷⁰ T. VANSWEEVELT, o.c., *T. Gez.* 2010-11, (84) 87.

⁶¹⁷¹ Zie ook: Commission staff working document - Impact Assessment, SEC(2008) 2956, <http://eur-lex.europa.eu>, 15; Mededeling van de Commissie, COM(2008)819, <http://eur-lex.europa.eu>, 7-8 en 12 (prioritaire actie 9); resolutie van het Europees Parlement van 22 april 2008 over orgaandonatie en –transplantatie: beleidsmaatregelen op EU-niveau (2007/2210(INI)), *Pb. C.* 29 oktober 2009, afl. 259, 7; Council conclusions on organ donation and transplantation, *Pb. C.* 21 december 2012, afl. 396, nrs. 8-9. Vgl. T. VANSWEEVELT, o.c., *T. Gez.* 2010-11, (84) 87-88.

⁶¹⁷² Commission staff working document – Impact Assessment, SEC(2007) 705, <http://eur-lex.europa.eu>, 44 en 62.

⁶¹⁷³ Vgl. Commentary on Principle 10, WHO Guiding Principles on Human Cell, Tissue and Organ Transplantation (2010), <http://www.who.int>; "Taking Organ Transplantation to 2020: A detailed strategy", 2013, www.nhs.uk/to2020, 24.

voorzien via het orgaanvigilantiesysteem,⁶¹⁷⁴ alsook via verplichtingen tot dataverzameling buiten dit systeem⁶¹⁷⁵.⁶¹⁷⁶ Wellicht is hier nog wel wat ruimte voor verbetering, bv. door concretere verplichtingen tot het participeren aan nationale én internationale dataregistratie op te leggen.⁶¹⁷⁷ Dit ligt volledig in lijn met het zgn. voorzorgsbeginsel,⁶¹⁷⁸ dat de overheid opdraagt om het risicobeleid te baseren op een voorafgaande wetenschappelijke risico-evaluatie.

Ten slotte mag men zich niet blindstaren op het feit dat sommige orgaanontvangers jammer genoeg alsnog niet vergoed zullen worden en hun schade ten gevolge van gebrekkige organen zelf moeten dragen. Het recht op kwaliteitsvolle en veilige organen is terecht ruim, maar kan wegens het orgaantekort nu eenmaal niet absoluut zijn. Volgens het profijtbeginsel⁶¹⁷⁹ moet hij die een risico neemt en er de voordelen van kan plukken, desgevallend ook de nadelen ervan dragen. Een evenwichtig kwaliteits- en veiligheidsbeleid moet erkennen dat dit ten dele ook voor de transplantatiepatiënt geldt.

⁶¹⁷⁴ Cf. *supra* Afd. 2, § 2, A.4. Specifiek voor schadegevallen in het raam van de Wet Medische Ongevallen is data-analyse bovendien één van de opdrachten van het Fonds Medische Ongevallen (art. 8, § 2 Wet Medische Ongevallen).

⁶¹⁷⁵ Algemeen: art. 10/19 (registratie en verslaggeving inzake aantallen en soorten donoren) en art. 10/25, § 2 (verzameling van kwalitatieve indicatoren) KB Transplantatiecentra. Specifiek voor overleden donoren: art. 19 KB Donorcoördinatie (registratie en verslaggeving inzake aantallen en soorten overleden donoren). Specifiek voor levende donoren: art. 9bis en art. 13bis, § 1, 3° Orgaantransplantatiewet (registratie van levende donoren). Zie ook: considerans 24 en art. 18 Richtlijn 2010/53/EU.

⁶¹⁷⁶ Vgl. *Verenigde Staten*: 42 U.S.C. 274a en 42 CFR § 482.45(b)(3). *Engeland*: sec. 34 HTA 2004.

⁶¹⁷⁷ Voorlopig verzendt de Europese orgaanuitwisselingsorganisatie (Eurotransplant) de data inzake follow-up slechts naar (inter)nationale onderzoeksregisters voor orgaantransplantatie indien het transplantatiecentrum toestemming geeft (Eurotransplant Manual, [versie 3.0., 2013], www.eurotransplant.org, nrs. 2.1.11). Zie ook: Commentary on Principle 10, WHO Guiding Principles on Human Cell, Tissue and Organ Transplantation (2010), <http://www.who.int>; Commission staff working document on the mid-term review of the “Action Plan on Organ Donation and Transplantation (2009-2015): Strengthened Cooperation between Member States”, SWD(2014) 147 final, <http://eur-lex.europa.eu>, 63 en 71.

⁶¹⁷⁸ Vgl. KAGB, “Advies van 28 juni 2013 over de toepassing van het voorzorgsprincipe in de geneeskunde en in de volksgezondheid”, www.zorg-en-gezondheid.be, waar registers voor onderzoek worden vermeld.

⁶¹⁷⁹ Zie ook al *supra* Deel IV, Hoofdstuk IV, Afd. 1, § 2, C.3.e.

DEEL VII. ALGEMEEN BESLUIT

1274. De centrale onderzoeksvraag van dit proefschrift luidde:

Kan het Belgisch juridisch kader voor orgaantransplantatie verbeterd worden?

Het begrip ‘verbetering’ veronderstelt uiteraard een waardeoordeel. Daarom werd in het begin van dit onderzoek gezocht naar de beleidsdoelstellingen of ‘waarden’ die de wetgever via de Orgaantransplantatiewet wenste te behartigen.⁶¹⁸⁰

Op de keper beschouwd kan worden besloten dat de *verhoging van de orgaankwantiteit* als doelstelling steeds voorop stond. Dit is terecht. Orgaantransplantatie is zonder twijfel een zeer waardevol onderdeel van de gezondheidszorg dankzij haar levensreddend of althans sterk levensverbeterend potentieel. Er heerst echter een aanzienlijk orgaantekort, zodat gestreefd moet worden naar een groter aanbod aan organen. Aangezien men bij gebrek aan alternatieven afhankelijk blijft van organen van menselijke oorsprong, komt deze doelstelling met name neer op de bevordering van orgaandonatie.

De verhoging van de orgaankwantiteit kan echter niet los worden gezien van de behartiging van twee andere waarden of doelstellingen. Enerzijds mag het verhogen van het orgaanaanbod niet de *rechten van de levende en overleden orgaandonoren* (en/of hun naasten) miskennen. Dit veronderstelt een delicate belangenafweging. Anderzijds moet er naast orgaankwantiteit ook oog zijn voor *orgaankwaliteit*. Orgaankwantiteit en -kwaliteit zullen immers niet steeds samenvallen. Ook dit veronderstelt dus een delicate belangenafweging.

In het licht van deze referentiewaarden kan ik na uitvoerig onderzoek besluiten dat het Belgisch juridisch kader voor orgaantransplantatie zeker een aantal sterke punten heeft, maar wel degelijk voor verbetering vatbaar is. In dit proefschrift werden heel wat voorstellen tot verbetering uitgewerkt. Deze verbeterpunten situeren zich doorheen het gehele spectrum van orgaantransplantatie. Hierna zullen de belangrijkste bevindingen op synthetische wijze geformuleerd worden in 10 stellingen.

Stelling 1. De juridische organisatie van de orgaantransplantatiesector moet verfijnd worden

1275. Het onderzoek heeft duidelijk uitgewezen dat de inrichting van de transplantatiesector zowel de orgaankwantiteit als de kwaliteit van de zorg kan bevorderen. Dit kan het best worden bereikt in een ‘gesloten’ sector, zoals in België het geval is. Enerzijds is hierbij het non-commercialiteitsprincipe van belang. De afwijzing van een (al dan niet gereguleerde) orgaanmarkt in België is voorlopig verantwoord vanuit de bezorgdheid om de kwaliteit en veiligheid van orgaantransplantatie te waarborgen, alsook om het publiek vertrouwen in het systeem niet te laten compromitteren door winstbejag.⁶¹⁸¹ Het commercialiteitsverbod is dus een terechte keuze. Anderzijds zijn ook de erkenningsnormen ten aanzien van de verscheidene actoren in deze sector van belang, waarbij het ziekenhuis- en artsenmonopolie voor de kwaliteit

⁶¹⁸⁰ Zie *supra* Deel II, Hoofdstuk I.

⁶¹⁸¹ Zie *supra* Deel III, Hoofdstuk I, Afd. 1, § 3.

en de verplichte samenwerking met functies “lokale donorcoördinatie” en met Eurotransplant voor de orgaankwantiteit zeer positieve ontwikkelingen zijn.⁶¹⁸²

Niettemin moet worden vastgesteld dat de juridische vormgeving van deze gesloten orgaantransplantatiesector toch nog enige verfijning kan gebruiken. Deze nood is het hoogst met betrekking tot de strafrechtelijke handhaving van het non-commercialiteitsprincipe, die nog niet zo lang geleden al eens werd aangepast ter omzetting van Richtlijn 2010/53/EU. Wat betreft de bestraffing is nood aan duidelijkere strafbaarstellingen waarbij alle betrokkenen (donor, ontvanger en tussenpersonen) bestraft kunnen worden wanneer zij winst beogen.⁶¹⁸³ Wat betreft de preventie lijken het afschrikkend karakter van de strafmaat en de internationale samenwerking op het vlak van vervolging nog niet toereikend. Het anonimiteitsgebod lijkt daarbij dan weer te streng: een uitzondering op de verplichte anonimiteit in geval van onder andere wederzijdse toestemming van (de familie van) de donor en de ontvanger is verdedigbaar.⁶¹⁸⁴ Naast het non-commercialiteitsbeginsel zijn ook sommige erkenningsnormen voor verbetering vatbaar. Het betreft een amalgaam van kwaliteits- en kwantiteitsgerelateerde aanpassingen van voornamelijk maatregelen die er zijn gekomen naar aanleiding van de implementatie van Richtlijn 2010/53/EU.⁶¹⁸⁵

Stelling 2. Overleden donoren vormen de belangrijkste bron van organen, en toch ontbreekt daarbij de uitwerking van twee juridische basisconcepten zonder goede reden

1276. In België is de overgrote meerderheid van de organen afkomstig van overleden donoren. In vergelijking met andere landen gaat het om groot aantal donoren. Hiervoor verdienen de inspanningen van de betrokken zorgverleners en de positieve houding van het publiek veel lof. Het succes van orgaandonatie na overlijden onderstreept het belang van een degelijk juridisch kader inzake orgaanwegneming na overlijden. Er kan gelukkig worden vastgesteld dat er hiervoor al verschillende regels zijn uitgevaardigd. Vreemd genoeg ontbreekt daarbij echter nog de uitwerking van twee juridische basisconcepten, namelijk het doodskoncept enerzijds en de basisprincipes voor de orgaantoewijzing anderzijds. Tussen beide lacunes loopt een parallel. Het betreft telkens niet louter medische, maar ruimere maatschappelijke kwesties waarvan de wettelijke verankering van belang is voor het behoud van het publieke vertrouwen en dus van de donatiebereidheid. Voor de concretere uitwerking van deze concepten is daarentegen geen wettelijke verankering, maar nog wel een bij wet voorziene ondersteunende procedurele bescherming wenselijk.

Met betrekking tot het doodskoncept stel ik meer bepaald voor om te voorzien in een wettelijke definitie van de dood.⁶¹⁸⁶ Deze definitie moet een flexibel, maar nog voldoende concreet toetsingkader voor de verschillende doodsdiagnosecriteria uitmaken. De wettelijke procedurele ondersteuning moet hier tweeledig zijn. Enerzijds vereist ze de aanstelling van een centrale instantie met als opdracht de uniformisering en bij voorkeur de uitwerking van een

⁶¹⁸² Zie *supra* Deel III, Hoofdstuk II, Afd. 1, §§ 2, 3 en 5.

⁶¹⁸³ Zie *supra* Deel III, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 4, A.

⁶¹⁸⁴ Zie *supra* Deel III, Hoofdstuk I, Afd. 2, § 3, E.2.b.5).

⁶¹⁸⁵ Zie *supra* Deel III, Hoofdstuk II, Afd. 3.

⁶¹⁸⁶ Zie *supra* Deel V, Hoofdstuk I, Afd. 2, § 3.

nationaal protocol inzake de *medische* aspecten van de doodsdiagnose.⁶¹⁸⁷ Daarnaast zijn ook wettelijke voorwaarden nodig inzake de *procedurele* aspecten van de doodsdiagnose. Deze bestaan reeds in België, maar moeten m.i. op verschillende punten verbeterd worden.⁶¹⁸⁸

Met betrekking tot basisprincipes voor de toewijzing van organen van overledenen aan ontvangers stel ik voor om de rechtvaardigheidsconcepten van billijkheid en utiliteit in de wet op te nemen als toetsingsnormen voor de verschillende concretere selectiecriteria. De autonomie is hier eveneens een toetsingsnorm, maar zit reeds vervat in het zelfbepalingsrecht van donor en ontvanger.⁶¹⁸⁹ De wettelijke procedurele ondersteuning moet ook hier tweeledig zijn. Eerst is er de fase van de *plaatsing op de wachtlijst*.⁶¹⁹⁰ Hier lijkt het gevaar voor onrechtvaardigheden vooralsnog het grootst te zijn wegens de ruime vrijheid van artsen om patiënten al dan niet tot de wachtlijst toe te laten. Hier moeten de transplantatiecentra dan ook zo veel mogelijk worden aangezet tot het hanteren van gemeenschappelijke criteria, bv. door een centrale instantie aan te stellen als uniformiserings- en adviesorgaan. Niettemin pleit ik er wel voor om meer vrijheid aan artsen te bieden wat betreft het toelaten van buitenlandse patiënten op de Belgische wachtlijst in welomschreven gevallen (bv. buitenlandse kinderen).⁶¹⁹¹ Vervolgens is er de *fase van de allocatie* van het weggenomen orgaan aan een kandidaat-ontvanger op de wachtlijst.⁶¹⁹² Deze toewijzingstaak werd bij wet opgedragen aan Eurotransplant. In verband met de samenwerking met deze organisatie werden vanuit juridisch oogpunt geen grote problemen gedetecteerd. Er konden slechts enkele verbeteringen worden gesuggereerd (bv. een specifieke strafbaarstelling voor wachtlijstfraude, in het licht van de recente Duitse fraudegevallen).

Stelling 3. Het systeem van toestemming tot orgaanwegneming na overlijden moet geheroriënteerd worden

1277. In België heeft eenieder in principe het recht om te beslissen of er na zijn overlijden organen voor transplantatiedoeleinden mogen worden weggenomen uit zijn lijk. Dit zelfbepalingsrecht moet meer bepaald worden gekwalificeerd als een persoonlijkheidsrecht dat de donor bij leven kan uitoefenen en dat na zijn overlijden nog steeds afdwingbaar is via anderen.⁶¹⁹³ Terwijl er over dit principe *as such* - terecht - weinig discussie bestaat, vormt de concrete uitwerking van dit principe vooral internationaal het voorwerp van aanzienlijke controverse. Het probleem centreert zich rond de vraag hoe de wil van de donor mag worden achterhaald wanneer die reeds overleden is. Hiervoor bestaan *grosso modo* twee systemen.

Voor zij die bij leven hun wil wensen te uiten, bestaat het systeem van voorafgaande donatieverklaringen. Terecht heeft de wetgever hierbij voorzien in de mogelijkheid om deze donatieverklaringen te laten registreren in een officiële, permanent toegankelijke databank. Wilsverklaringen die in deze databank geregistreerd staan, verdienen wegens hun grotere kenbaarheid de voorkeur boven allerlei niet-geregistreerde wilsverklaringen. Naar de toekomst

⁶¹⁸⁷ Zie *supra* Deel V, Hoofdstuk I, Afd. 3, § 1, B.1.d en B.2.d.

⁶¹⁸⁸ Zie *supra* Deel V, Hoofdstuk I, Afd. 3, § 2, D.

⁶¹⁸⁹ Zie *supra* Deel VI, Hoofdstuk I, Afd. 4, § 1.

⁶¹⁹⁰ Zie *supra* Deel VI, Hoofdstuk I, Afd. 4, § 2, A.

⁶¹⁹¹ Zie *supra* Deel VI, Hoofdstuk I, Afd. 2, § 2, B.3.

⁶¹⁹² Zie *supra* Deel VI, Hoofdstuk I, Afd. 4, § 2, B.

⁶¹⁹³ Zie *supra* Deel V, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 1 en Afd. 3, § 1.

toe moeten dan ook vooral de geregistreerde donatieverklaringen verder gepromoot worden. De voornaamste reden om als donor nog voor een niet-geregistreerde wilsverklaring te kiezen is de laagdrempeligheid (men moet zich bv. niet naar het gemeentehuis begeven) en de vrijheid qua inhoudelijke modaliteiten (in tegenstelling tot het gestandaardiseerde registratieformulier). Bijgevolg moet het systeem van geregistreerde donatieverklaringen aangepast worden met het oog op een grotere laagdrempeligheid en vrijheid qua inhoud, zonder de volwaardigheid van de wil in het gedrang te brengen. Idealiter gebeurt dit door iedere potentiële declarant naar Nederlands voorbeeld een registratieformulier met de nodige informatie te verzenden en hem de mogelijkheid te bieden om zelf een ‘elektronische donatieverklaring’ te registreren via een website. Dit kan dan een ‘gevraagde keuze-systeem’ worden genoemd.⁶¹⁹⁴

In veel gevallen zal de potentiële donor zijn wil echter niet bekend hebben gemaakt. Dit stilzwijgen wordt opgevangen door een systeem van vermoede toestemming. Een grondige mensenrechtelijke analyse van dit systeem heeft uitgewezen dat het gebruik van toestemmingsvermoedens in België wel degelijk gerechtvaardigd is wegens het gewichtige gezondheidsbelang van de ontvangers en de beperkte inmenging in het zelfbepalingsrecht van de donor.⁶¹⁹⁵ Niettemin is het huidige systeem voor verbetering vatbaar. Er is vooral een grotere informatieverstrekking omtrent dit systeem nodig. Dit kan perfect verwezenlijkt worden in het raam van het voorgestelde ‘gevraagde keuze-systeem’.

1278. De belangrijkste verbetering van het toestemmingssysteem heeft m.i. echter niet zozeer betrekking op de overleden donor zelf, maar op zijn naasten. Orgaanwegneming na overlijden wordt doorgaans gekenmerkt door een grote betrokkenheid van deze naasten. Hun rechtspositie is echter dubbelzinnig en vereist dan ook verduidelijking. Hiervoor moet een fundamentele keuze worden gemaakt.⁶¹⁹⁶ Ofwel blijft men bij de huidige meerderheidsopvatting die de naasten slechts als vertegenwoordigers van de wil van de overledene beschouwt. In dat geval moet dit vertegenwoordigingsrecht op z’n minst uitdrukkelijk in de wet worden omschreven. Ofwel wordt gekozen voor een heroriëntering en wordt bepaald dat de arts de mogelijkheid heeft om naargelang de omstandigheden de *eigen* wil van de naasten in plaats van de wil van de overledene te volgen. Op basis van een grondige mensenrechtelijke analyse en gelet op de realiteit in de praktijk verdient deze tweede benadering m.i. de voorkeur. Hoe dan ook moet er in ieder geval een informatierecht van de naasten en een conflictregeling naar analogie met artikelen 12-14 Wet Patiëntenrechten aan de wet worden toegevoegd.

Stelling 4. Het juridisch kader moet beter worden afgestemd op de praktijk van *non-heart-beating* donatie

1279. Traditioneel zijn de zgn. ‘hersendode’ donoren (*heart-beating donors*) de meest gegeerde en meest gebruikte overleden donoren in België. Wegens het orgaantekort worden echter de zgn. ‘haddode’ donoren (*non-heart-beating donors*) de laatste jaren, ondanks de minder goede resultaten, steeds meer aanvaardbaar geacht als aanvulling op de *donorpool*. Het Belgisch juridisch kader sluit deze *non-heart-beating* donoren alvast niet uit. Dit blijkt uit de

⁶¹⁹⁴ Zie *supra* Deel V, Hoofdstuk III, Afd. 1, § 4.

⁶¹⁹⁵ Zie *supra* Deel V, Hoofdstuk IV, Afd. 2, § 3.

⁶¹⁹⁶ Zie *supra* Deel V, Hoofdstuk II, Afd. 3, § 3.

geoorloofdheid van het cardio-respiratoire doodsvaststellingscriterium⁶¹⁹⁷ en de mogelijkheid om organen van *expanded criteria* donoren te transplanteren⁶¹⁹⁸. Deze juridische marge kan wegens het orgaantekort worden toegejuicht.

Weliswaar moet worden vastgesteld dat het huidige juridisch kader niet steeds voldoende tegemoetkomt aan de specifieke problemen bij *non-heart-beating* donatie. Deze problemen draaien telkens rond het feit dat er bij dit type donoren vaak minder tijd dan bij *heart-beating* donoren beschikbaar is. Concreet zijn er m.i. vier maatregelen van belang. Allereerst moet gestreefd worden naar aan nationaal protocol inzake doodsdiagnose met richtlijnen voor de duur van de *no-touch*-periode.⁶¹⁹⁹ Dit zit vervat in de eerder voorgestelde procedurele omkadering van het doodskoncept (*cf.* stelling 2). Vervolgens moet worden overwogen om de cardio-respiratoire dood te laten vaststellen door minder dan drie artsen.⁶²⁰⁰ Voorts moet artikel 13, 3° KB Donorcoördinatie aangepast worden opdat het duidelijk is dat een potentiële donor reeds vóór het overlijden kan worden aangemeld bij een transplantatiecentrum.⁶²⁰¹ Ten slotte moet voorzien worden in duidelijke voorwaarden voor het stellen van voorbereidende handelingen op de donor *ante mortem* en *post mortem*, wat vooral voor *non-heart-beating* donoren van belang zal zijn.⁶²⁰²

Stelling 5. Er moet juridisch gezien meer vrijheid worden geboden voor orgaanwegneming bij leven

1280. Ondanks het redelijk hoge aantal overleden donoren doet het orgaantekort toch ook de orgaanwegneming bij levende donoren steeds meer aan belang toenemen. De Orgaantransplantatiewet stamt echter uit een tijd waarin aanvankelijk een zeer restrictieve houding ten aanzien van levende donoren werd aangenomen. Dergelijke houding strookt niet langer met de huidige stand van de medische wetenschap en de politiek-maatschappelijke aanvaarding van levende donoren als aanvullende bron van organen.⁶²⁰³ Dit moet zich m.i. dan ook vertalen in een versoepeling van de Orgaantransplantatiewet.⁶²⁰⁴

Concreet moet deze versoepeling voornamelijk worden bewerkstelligd door de aanpassing van de huidige, duale evenredigheidsnorm.⁶²⁰⁵ Deze objectieve norm vereist in essentie dat de voordelen van de orgaanwegneming bij leven opwegen tegen de nadelen, hetgeen een complexe kosten-batenanalyse veronderstelt. Thans is deze duale norm te beperkend geformuleerd in de wet, zowel wat betreft het algemene onaanvaardbaarheidscriterium, als wat betreft het concretere *ultimum remedium*-criterium. Gelet op de huidige stand van de medische wetenschap is het m.i. verantwoord om over te schakelen naar een ruimer geformuleerd evenredigheidscriterium en hierop de nadruk te leggen door de *ultimum remedium*-criteria als louter exemplatieve parameters in de wet te formuleren.

⁶¹⁹⁷ Zie *supra* Deel V, Hoofdstuk I, Afd. 3, § 1, B.2.

⁶¹⁹⁸ Zie *supra* Deel V, Hoofdstuk I, Afd. 3, § 1, B.2.b., waar is gebleken dat *non-heart-beating* donoren niet steeds tot uitstekende resultaten leiden en dus beschouwd kunnen worden als een type *expanded criteria* of 'marginale' donoren. Zie over *supra* Deel VI, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, A.2.b. over de geoorloofdheid van dergelijke *expanded criteria* donoren.

⁶¹⁹⁹ Zie *supra* Deel V, Hoofdstuk I, Afd. 3, § 1, B.2.d.

⁶²⁰⁰ Zie *supra* Deel V, Hoofdstuk I, Afd. 3, § 2, A.2.

⁶²⁰¹ Zie *supra* Deel V, Hoofdstuk I, Afd. 3, § 2, B.2.b.1).

⁶²⁰² Zie *supra* Deel V, Hoofdstuk V, Afd. 4.

⁶²⁰³ Zie *supra* Deel IV, Hoofdstuk II, Afd. 1

⁶²⁰⁴ Vgl. A. GARWOOD-GOWERS, *Living Donor Organ Transplantation: Key Legal and Ethical Issues*, Aldershot, Ashgate, 1999, 63.

⁶²⁰⁵ Zie *supra* Deel IV, Hoofdstuk IV, Afd. 4.

Als tegengewicht voor deze vrijheidsverruiming moet aanzienlijk belang worden gehecht aan de controle op de evenredigheidsbeoordeling én op de wilsbekwame, vrije en bewuste, geïnformeerde, oordeelkundige, formele en herroepbare toestemming van de levende donor (*safety by procedure*).⁶²⁰⁶ Deze procedurele waarborg moet worden gebaseerd op het concept van *donor advocacy*, wat een ruime taakhoud, multidisciplinariteit en onafhankelijkheid veronderstelt. Vooral het vereiste van een voorafgaand multidisciplinair overleg (art. 8bis Orgaantransplantatiewet) is op dit vlak van groot belang. Daarom verdient het de aanbeveling om deze bepaling meer uit te werken, bv. door de taakhoud van het overleg of de vereiste disciplines beter te omschrijven.

Stelling 6. Atypische donaties bij leven moeten ook mogelijk blijven, maar niet noodzakelijk aangemoedigd worden

1281. Als gevolg van het orgaantekort zijn er doorheen de jaren verschillende, soms zeer creatieve vormen van orgaanwegneming bij leven ontstaan. Terwijl er voor de ‘familiale donaties’ ruime steun bestaat, kan niet hetzelfde worden gezegd van een aantal ‘atypische’ vormen van levende donatie.

In het algemeen staat men eerder afkerig tegenover *niet-gerelateerde* levende donoren, hoewel de wet dit type donor niet uitdrukkelijk verbiedt. Er wordt soms gevreesd dat dergelijke donatie is ingegeven wegens een psychopathologie, zodat er geen wilsbekwame beslissing kan voorliggen. Deze vrees wordt echter niet gesteund door empirisch bewijs. Het is wel degelijk mogelijk dat een wilsbekwame donor aan een niet-gerelateerde ontvanger een orgaan wenst te schenken uit barmhartigheid én daarbij psychosociale baten ervaart, wat weliswaar een grondige psychosociale screening vereist.⁶²⁰⁷ Verder wordt gevreesd dat de donatie een winst oogmerk in zich draagt. Maar ook deze vrees kan worden gepareerd door de donatie anoniem te laten gebeuren.⁶²⁰⁸ Deze anonimiteit zal trouwens toelaten om meer informatie over de toestand van de ontvanger te verstrekken.⁶²⁰⁹ Samen met de afwezigheid van een risico op familiale dwang⁶²¹⁰ zal dit de toestemming van de niet-gerelateerde donor dus bevorderen. Tot slot kan erop worden gewezen dat de fysieke nadelen niet noodzakelijk groter zijn dan bij gerelateerde levende donoren.⁶²¹¹ Dit alles verzet zich m.i. tegen een categoriek verbod op anonieme niet-gerelateerde levende donoren. In tegenstelling tot niet-anonieme levende donoren zal de allocatie van hun organen dan via de wachtlijst moeten verlopen (ongerichte donatie).⁶²¹²

De afkerigheid laat zich ook voelen tegenover *solicited* donation, waarbij donor en ontvanger elkaar leren kennen via internet e.d. met het oog op orgaandonatie. Hier is de vrees voor een gebrek aan altruïsme des te groter, nu er geen anonimiteit meer is. Nochtans kan m.i. niet geheel worden uitgesloten dat er hierbij wel degelijk enige emotionele band tussen donor en ontvanger ontstaat, zodat de donatie niet noodzakelijk is ingegeven door winstbejag en er voor de donor wel degelijk een psychosociaal voordeel aan vasthangt. Dit vereist dan uiteraard

⁶²⁰⁶ Zie *supra* Deel IV, Hoofdstuk III, Afd. 8 en Hoofdstuk IV, Afd. 3.

⁶²⁰⁷ Zie *supra* Deel IV, Hoofdstuk III, Afd. 4, § 2, B en Hoofdstuk IV, Afd. 1, § 2, B.2.d.

⁶²⁰⁸ Zie *supra* Deel IV, Hoofdstuk III, Afd. 4, § 2, C.2.

⁶²⁰⁹ Zie *supra* Deel IV, Hoofdstuk III, Afd. 5, § 5, B.4.

⁶²¹⁰ Zie *supra* Deel IV, Hoofdstuk III, Afd. 3, § 2, B en C.

⁶²¹¹ Zie *supra* Deel IV, Hoofdstuk IV, Afd. 1, § 2, A.1.d.

⁶²¹² Zie *supra* Deel VI, Hoofdstuk I, Afd. 3, § 3, C.2.b.

wel weer een grondige psychosociale screening.⁶²¹³ Een ander bezwaar dat vaak wordt opgeworpen tegen *solicited donation* is dat deze praktijk enkel organen zou opleveren voor de meest ‘aantrekkelijke’ ontvangers, wat een schending van het ethische billijkheidsprincipe zou zijn. Nochtans valt het evenmin billijk te noemen dat ontvangers die de pech hebben om geen levende donor binnen hun familie- en vriendenkring te vinden, geen verdere zoektocht naar levende donoren mogen ondernemen. Aldus lijkt het billijkheidsbezwaar niet op te wegen tegen de autonomie van donor en ontvanger, noch tegen de sociale baten (meer organen).⁶²¹⁴ Bijgevolg zijn er m.i. onvoldoende argumenten om deze bijzondere vorm van gerichte donatie in alle gevallen te verbieden.

Levende donatie door *gevangenen* wordt eveneens met argwaan bekeken, hoewel ook hier geen wettelijk verbod bestaat. Het onderzoek heeft uitgewezen dat er onvoldoende argumenten zijn om van het altruïsmevereiste af te wijken teneinde de gevangen door het aanbieden van strafuitvoeringsvoordelen te overhalen om te doneren. Voorzover het veilig is om de gevangene een uitgaansvergunning te geven, verzet er zich daarentegen niets tegen een levende donatie door een gevangene aan een familielid of zelfs aan een onbekende (uit boetedoening e.d.). Gevangenschap betekent immers niet automatisch dwang. Een algemeen verbod op donatie door gevangen valt dus niet te verantwoorden.⁶²¹⁵

Één van de meest bediscussieerde types van levende donoren zijn de *minderjarige en geestesgestoorde donoren*. Met betrekking tot wilsbekwame minderjarigen is orgaanwegneming bij leven wegens de uiterst strikte voorwaarden *de facto* verboden. Het onderzoek heeft echter uitgewezen dat veeleer dezelfde voorwaarden als voor wilsbekwame meerderjarigen moeten gelden.⁶²¹⁶ Met betrekking tot wilsonbekwame minder- en meerderjarigen geldt daarentegen een absoluut wettelijk verbod. Nochtans heeft het onderzoek uitgewezen dat orgaanwegneming bij hen onder zeer strikte voorwaarden eveneens mogelijk moet zijn.⁶²¹⁷

Dat ruimte moet worden gelaten voor het gebruik van al deze atypische donoren wil voor alle duidelijkheid nog niet zeggen dat zij nu systematisch moeten worden aangezet tot donatie als oplossing voor het orgaantekort. Wegens enkele specifieke risico’s moet met deze atypische donoren zeer voorzichtig worden omgesprongen. Het zou weliswaar niet evenwichtig zijn dat er levens verloren gaan wegens een of ander absoluut verbod zonder rekening te houden met de concrete risico’s en met de belangen van de betrokken donoren.

1282. Ten aanzien van *cross-over* donatie bestaat wel ruime steun. Dit type van levende donatie wordt alvast impliciet bij KB toegelaten.⁶²¹⁸ Dat dergelijke donatie wegens het verdwijnen van het incompatibiliteitsexcuus een groter risico op dwang van de donor zou meebrengen, gaat niet op. Er zal immers nog steeds een ander medisch excuus kunnen worden bedacht.⁶²¹⁹ Bovendien zal *cross-over* donatie normaal geen aanmerkelijk groter lichamelijk of psychosociaal risico voor donor of ontvanger meebrengen dan bij een directe donatie (tenzij bij ongebalanceerde *cross-over*).⁶²²⁰ Niettemin blijft waakzaamheid vereist. Er kan immers nog steeds sprake zijn van een gebrek aan altruïsme ten aanzien van de ontvanger uit het andere

⁶²¹³ Zie *supra* Deel IV, Hoofdstuk III, Afd. 4, § 2, C.2.b.

⁶²¹⁴ Zie *supra* Deel VI, Hoofdstuk I, Afd. 3, § 3, C.2.b.

⁶²¹⁵ Zie *supra* Deel IV, Hoofdstuk III, Afd. 4, § 3.

⁶²¹⁶ Zie *supra* Deel IV, Hoofdstuk V, Afd. 1, § 3.

⁶²¹⁷ Zie *supra* Deel IV, Hoofdstuk V, Afd. 2, § 2 en Afd. 3, § 2.

⁶²¹⁸ Art. 10/24 KB Transplantatiecentra.

⁶²¹⁹ Zie *supra* Deel IV, Hoofdstuk III, Afd. 3, § 2, D.3.

⁶²²⁰ Zie *supra* Deel IV, Hoofdstuk IV, Afd. 1, § 2, A.1.d.

paar, wat een zorgvuldige psychosociale screening vereist.⁶²²¹ Bovendien moet naar Frans voorbeeld bij wet worden verplicht dat de orgaanwegname bij de *cross-over* donoren simultaan geschiedt zodat er geen herroeping van toestemming tot orgaanwegname kan plaatsvinden zodra bij één van de donoren het orgaan reeds is weggenomen.⁶²²² In zoverre kan (gebalanceerde) *cross-over* donatie aangemoedigd worden.

Een variant op de *cross-over* donatie is de gepaarde kettingruil. Hierbij kan het risico op herroeping van één van de levende donoren niet door een simultane orgaanwegname worden opgelost. Dit is evenwel niet erg, omdat de andere levende donor(en) nog geen orgaanwegname zal hebben ondergaan.⁶²²³ Bovendien kan dit type donatie meerdere ontvangers helpen, wat tot een groter voordeel voor het algemeen belang én het individuele psychosociale belang kan leiden.⁶²²⁴ Hierdoor kan ook dergelijke kettingruil aangemoedigd worden.

1283. Een atypische vorm van levende donatie die voorlopig wél moet worden afgewezen is de *list paired exchange*. Hierbij zal de ontvanger in ruil voor een levende donatie aan de wachtlijst een orgaan van een overledene ontvangen, wat minder goede resultaten kan opleveren en dus de evenredigheid van de levende donatie negatief beïnvloedt.⁶²²⁵ Het belangrijkste bezwaar is echter dat dit type donatie de bloedgroep O-ontvangers op de wachtlijst zal benadelen door hun wachttijd te vergroten. Zolang niet vaststaat dat *list paired exchange* slechts tot een zeer beperkte toename in wachttijd leidt, zal het veeleer neerkomen op een onevenredige schending van het billijkheidsprincipe en dus discriminatie uitmaken.⁶²²⁶

Stelling 7. Levende donoren verdienen een betere financiële bescherming

1284. Hoewel levende donoren overeenkomstig het non-commercialiteitsbeginsel terecht geen winst mogen nastreven, kan de orgaanwegname wel tot allerlei financiële kosten leiden. Deze kosten zijn een nadeel die de evenredigheid van de orgaanwegname verstoren en die zelfs de reden kunnen zijn waarom iemand uiteindelijk beslist om toch geen donor te worden. In lijn met de doelstelling van het verhogen van de orgaankwantiteit pleiten deze overwegingen ervoor om de levende donor volledig in te dekken tegen deze kosten.⁶²²⁷ Aangezien levende donatie ten goede komt van het algemeen belang moet deze financiële bescherming meer bepaald door de samenleving worden geboden.⁶²²⁸ Dit is verenigbaar met het non-commercialiteitsbeginsel, aangezien deze bescherming geen ‘winst’ maar slechts een ‘vergoeding’ uitmaakt.

In België bestaat reeds tot op zekere hoogte een financiële bescherming van de levende donor, maar deze is vooralsnog incompleet. Concreet moet België nog een viertal maatregelen treffen om tot een volledige financiële bescherming van de levende donor te komen. (1) Allereerst moet de ZIV-wetgeving verder worden uitgewerkt om alle rechtstreekse en

⁶²²¹ Zie *supra* Deel IV, Hoofdstuk III, Afd. 4, § 2, D.

⁶²²² Zie *supra* Deel IV, Hoofdstuk III, Afd. 8, § 3, B.1.

⁶²²³ Zie *supra* Deel IV, Hoofdstuk III, Afd. 8, § 3, B.2.

⁶²²⁴ Zie *supra* Deel IV, Hoofdstuk IV, Afd. 1, § 2, B.2.d. en § 3, B.2.b.

⁶²²⁵ Zie *supra* Deel IV, Hoofdstuk IV, Afd. 1, § 3, A.2.

⁶²²⁶ Zie *supra* Deel VI, Hoofdstuk I, Afd. 3, § 4.

⁶²²⁷ Zie *supra* Deel IV, Hoofdstuk IV, Afd. 1, § 2, C.1.c.

⁶²²⁸ Zie *supra* Deel IV, Hoofdstuk IV, Afd. 1, § 2, C.3.e.

onrechtstreekse kosten (medische kosten, inkomstenderving, hospitalisatiekosten, verplaatsingskosten e.d., alsook morele kosten) volledig te vergoeden. Daarbij moet ook gedacht worden aan een beperkte vergoeding van verplaatsingskosten en inkomstenderving van de begeleider van de levende donor.⁶²²⁹ (2) Vervolgens moet duidelijk in de Wet Medische Ongevallen worden bevestigd dat de vergoedingsregeling via het Fonds Medische Ongevallen ook van toepassing is op orgaanwegname bij leven, opdat hiervoor geen discussie kan bestaan.⁶²³⁰ (3) Daarnaast moet worden voorzien in een specifieke ontslagbescherming voor levende donoren.⁶²³¹ (4) Ten slotte is ook een bescherming tegen verzekeringsdiscriminatie verdedigbaar.⁶²³²

Stelling 8. Het orgaantekort vereist dat zelfs juridische verworvenheden zoals het verbod op orgaanhandel en het verbod op gedwongen orgaanwegname na overlijden blijvend in vraag moeten worden gesteld

1285. In dit proefschrift wordt verdedigd dat het verbod op orgaanhandel en het verbod op gedwongen orgaanwegname na overlijden behouden moeten blijven. Het gaat hier om twee ethisch gevoelige normen die op het eerste gezicht hoegenaamd geen afwijking dulden. Het onderzoek heeft echter uitgewezen dat dit echter toch niet zo vanzelfsprekend is. De afwijzing van orgaanhandel enerzijds en gedwongen orgaanwegname na overlijden anderzijds berust ‘slechts’ op bezwaren die als gevolg van verder onderzoek in de toekomst wel eens zouden kunnen verdwijnen. Een (gereguleerde) orgaanmarkt of een zgn. ‘plichtsysteem’ zouden dan wel eens een belangrijke bijdrage kunnen leveren tot het wegwerken van het orgaantekort. Daarom werd voor beide kwesties opgeroepen tot een aanhoudende kritische reflectie over de wenselijkheid van een absoluut verbod.

Specifiek voor het verbod op orgaanhandel werd verdedigd dat vele klassieke argumenten tegen een orgaanmarkt geen stand houden. De reden voor het verbod op orgaanhandel moet dan vooral gezocht worden in een verhoogd kwaliteits- en veiligheidsrisico, alsook in het risico op negatieve publieke reacties. Adus zou de ontwikkeling van betere kwaliteits- en veiligheidswaarborgen (bv. bepaalde virologische testen) en/of het (doen) ontstaan van een positieve publieke houding alsnog tot een gereguleerde orgaanmarkt kunnen leiden.⁶²³³

Specifiek voor het verbod op gedwongen orgaanwegname na overlijden werd verdedigd dat de gezondheidsbelangen van de levenden in principe sterker zijn dan de louter morele belangen van de donor (als die er al zijn) en de naasten. De reden voor dit verbod moet veeleer gezocht worden in het gebrek aan publieke steun, waardoor een plichtsysteem tot een klimaat van wantrouwen tegenover artsen bij de levenseindezorg zou leiden en misschien meer kwaad dan goed zou doen. Het (doen) ontstaan van een maatschappelijk draagvlak zou dus alsnog tot een plichtsysteem kunnen leiden.⁶²³⁴

⁶²²⁹ Zie *supra* Deel IV, Hoofdstuk IV, Afd. 1, § 2, C.4.b.4).

⁶²³⁰ Zie *supra* Deel IV, Hoofdstuk IV, Afd. 1, § 2, C.4.a.2).

⁶²³¹ Zie *supra* Deel IV, Hoofdstuk IV, Afd. 1, § 2, C.5.b.

⁶²³² Zie *supra* Deel IV, Hoofdstuk IV, Afd. 1, § 2, C.5.a.

⁶²³³ Zie *supra* Deel III, Hoofdstuk I, Afd. 1, § 3.

⁶²³⁴ Zie *supra* Deel V, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, C.

Stelling 9. De juridisering van orgaantransplantatie moet veeleer in handen van de nationale regelgever blijven

1286. Gelet op de Orgaantransplantatiewet en de verschillende uitvoeringsbesluiten kan gesproken worden van een ‘juridisering’ van orgaantransplantatie. Van belang is dat deze tendens tot juridisering niet enkel een nationale, maar ook een supra- en internationale oorsprong kent. Voor België zijn hierbij hoofdzakelijk twee Europese instellingen van belang, namelijk de Raad van Europa en de Europese Unie.

1287. De Raad van Europa is vooral van belang geweest vanwege het mensenrechtelijk basiskader dat binnen deze organisatie tot stand kwam: het EVRM, gehandhaafd via het EHRM. Doorheen het onderzoek is dit mensenrechtelijk kader zeer nuttig gebleken voor het maken van de complexe belangenafwegingen die eigen zijn aan de problematiek van orgaantransplantatie.

De Raad van Europa heeft dit mensenrechtelijk kader specifiek voor orgaantransplantatie nader uitgewerkt via de artikelen 19 t.e.m. 22 EVRM-Bio en vooral ook het Transplantatieprotocol EVRM-Bio. De keuze van België om deze verdragen niet te ondertekenen kan maar moeilijk bekritiseerd worden. Zoals gezegd, is de Belgische regelgeving inderdaad al preciezer.⁶²³⁵ Bovendien nemen deze verdragsteksten op sommige punten niet het meest wenselijke standpunt in.⁶²³⁶

Specifiek met betrekking tot orgaanhandel is de Raad van Europa nog een stap verder gegaan door het ‘Europees Verdrag Orgaanhandel’ tot stand te brengen. Dit verdrag werd al door België ondertekend. Hiervoor valt veel te zeggen. Dit verdrag lijkt immers van groot belang te kunnen zijn voor de noodzakelijke internationale samenwerking in de strijd tegen orgaanhandel.⁶²³⁷ De bekrachtiging van dit verdrag zou bovendien een goede gelegenheid zijn om de strafrechtelijke handhaving van het non-commercialiteitsbeginsel te verfijnen zoals voorgesteld. Maar zelfs dan mogen de bepalingen van het Europees Verdrag Orgaanhandel niet zomaar letterlijk worden overgenomen, aangezien ze niet steeds even duidelijk zijn.

1288. De Europese Unie heeft de laatste jaren een zeer grote impact gehad op het Belgisch juridisch kader voor orgaantransplantatie. Zoals gezegd, is de Europese Unie inzake orgaantransplantatie meer bepaald op drie niveau’s actief.⁶²³⁸

Op het laagste niveau speelt de Unie een louter ondersteunende rol door de financiering van onderzoeksprojecten. Dit kan leiden tot waardevolle inzichten die kunnen worden toegepast op het nationale transplantatiebeleid.⁶²³⁹ De kennis die bij dergelijke projecten werd verworven

⁶²³⁵ Zie *supra* Deel I, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, B.

⁶²³⁶ Zie bv. over wilsonbekwame levende donoren *supra* Deel IV, Hoofdstuk V.

⁶²³⁷ Zie *supra* Deel III, Hoofdstuk I, Afd. 2, § 4.

⁶²³⁸ Zie *supra* Deel I, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, A.

⁶²³⁹ T.K. HERVEY en J.V. MCHALE, *Health Law and the European Union*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, 39-40 en 63; Mededeling van de Commissie - Orgaandonatie en transplantatie: beleidsmaatregelen op EU-niveau, COM(2007)275, <http://eur-lex.europa.eu>, 4; Commission staff working document – Impact Assessment, SEC(2007) 705, <http://eur-lex.europa.eu>, 57; NIVEL, *ACTOR study*, 2013, www.ec.europa.eu, 163 en 209.

werd alleszins al verwerkt in het Europese orgaantransplantatiebeleid.⁶²⁴⁰ Weliswaar blijken de onderzoeksresultaten soms maar moeilijk te vertalen naar het beleidsniveau.⁶²⁴¹

Op het middelste niveau speelt de Europese Unie een coördinerende rol. Dit heeft concreet de vorm aangenomen van Actieplan 2009-2015 inzake orgaandonatie en transplantatie. De flexibele ‘open coördinatiemethode’ is ideaal om de soms ethisch uiteenlopende standpunten van de lidstaten inzake orgaantransplantatie⁶²⁴² ruimte te bieden. Dit zal het bereiken van een consensus vergemakkelijken, wat uiteindelijk het vertrouwen van de burger in het systeem kan versterken.⁶²⁴³ Er kan worden vastgesteld dat Actieplan 2009-2015 voorts is ingebed in een rijk en divers netwerk van verschillende actoren, zoals experts en andere internationale organisaties, die elkaar treffen op vaste vergaderingen.⁶²⁴⁴ Dit kan op een meer toegespitste manier dan onderzoeksfinanciering leiden tot een beter orgaantransplantatiebeleid. Weliswaar werd bij de tussentijdse evaluatie van het actieplan vastgesteld dat de mogelijkheid om te leren van elkaar via het actieplan soms nog niet voldoende wordt aangewend.⁶²⁴⁵

Op het meest verregaande niveau heeft de Europese Unie regelgevende bevoegdheid. Overeenkomstig artikel 168, lid 4, a VWEU beperkt deze bevoegdheid zich tot de kwaliteit en veiligheidsaspecten van onder meer orgaantransplantatie. Deze bevoegdheid werd uitgeoefend via Richtlijn 2010/53/EU. Vanuit juridisch perspectief is deze richtlijn voor België weliswaar geen volledig positieve ervaring geweest. (1) Allereerst lijkt de nood aan gemeenschappelijke kwaliteits- en veiligheidsnormen voor België niet groot te zijn geweest, aangezien er reeds strenge normen werden gehanteerd in het raam van de samenwerking via Eurotransplant.⁶²⁴⁶ Dit wordt ten dele bevestigd doordat sommige eisen uit Richtlijn 2010/53/EU niet hoog genoeg lagen voor België.⁶²⁴⁷ Er kan weliswaar gezegd worden dat de juridisering van deze normen tot wetgeving een grotere bescherming biedt voor patiënten via de foutaansprakelijkheid. Dit moet echter genuanceerd worden, aangezien er sowieso al een foutloze productaansprakelijkheid kan

⁶²⁴⁰ Mededeling van de Commissie - Actieplan inzake orgaandonatie en transplantatie (2009-2015): hechtere samenwerking tussen de lidstaten, COM(2008)819, <http://eur-lex.europa.eu>, 3; Mededeling van de Commissie - Orgaandonatie en transplantatie: beleidsmaatregelen op EU-niveau, COM(2007)275, <http://eur-lex.europa.eu>, 4; Commission staff working document – Impact Assessment, SEC(2007) 705, <http://eur-lex.europa.eu>, 8.

⁶²⁴¹ Commission staff working document – Impact Assessment, SEC(2007) 704, <http://eur-lex.europa.eu>, 57-58. Zie ook: A.-C. SQUIFFLET, “L’action de l’Union européenne en matière de prélèvement et de transplantation d’organes: commentaires à propos du plan d’action 2009-2015 et de la directive du 7 juillet 2010”, *T. Gez.* 2010-11, (382) 384.

⁶²⁴² Zie o.a.: “Human Organ Transplantation in Europe: an Overview”, <http://ec.europa.eu/health>, 11; NIVEL, *ACTOR study*, 2013, www.ec.europa.eu, 201 en 210, waar o.a. wordt verwezen naar geografische, economische, culturele, organisatorische en juridische verschillen; Commission staff working document on the mid-term review of the “Action Plan on Organ Donation and Transplantation (2009-2015): Strengthened Cooperation between Member States”, SWD(2014) 147 final, <http://eur-lex.europa.eu>, 20, waar specifiek wordt verwezen naar verschillen op het vlak van toestemmingssysteem, het respectievelijke belang van overleden en levende donoren, hersendood en hartdood en het bestaan van bilaterale dan wel multilaterale samenwerkingsakkoorden tussen lidstaten.

⁶²⁴³ A.-C. SQUIFFLET, o.c., *T. Gez.* 2010-11, (382) 388.

⁶²⁴⁴ NIVEL, *ACTOR study*, 2013, www.ec.europa.eu, 184, 201, 208, 209-210 en 211; A.-C. SQUIFFLET, o.c., *T. Gez.* 2010-11, (382) 391. De eerste *experts meeting on the Organ Action Plan* vond plaats begin 2009 (zie: Experts Meeting on Organ Donation and Transplantation – Action Plan – Summary Report, 11-12 maart 2009, http://ec.europa.eu/health/blood_tissues_organ).

⁶²⁴⁵ NIVEL, *ACTOR study*, 2013, www.ec.europa.eu, 159. Er werd opgemerkt dat andere landen zouden kunnen leren van België (*ibid.*, 30).

⁶²⁴⁶ Verslag DETIÈGE, *Parl. St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2680/5, 11; A.-C. SQUIFFLET, o.c., *T. Gez.* 2010-11, (382) 393; Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2011-12, nr. 53-2158/1, 6. Vgl. ook CPME Statement concerning the Communication from the European Commission “Organ Donation and Transplantation: Policy Actions at EU Level” (COM(2007) 275 final), www.cpme.eu, 2; W. PÜHLER, e.a., “Zur Mitteilung der EU-Kommission zu Organspende und -transplantation [KOM (2007) 275 endg.]”, *MedR* 2007, (584) 586; HOUSE OF LORDS EUROPEAN UNION COMMITTEE, *Increasing the supply of donor organs within the European Union. Vol. I: Report*, 2008, www.publications.parliament.uk, 25 en 26. Zie daarentegen: K. VAN ASSCHE *et al.*, “The Relevance of Directive 2010/53/EU for Living Organ Donation Practice: An ELPAT View”, *Transplantation* 2015, (2215) 2218-2219, waar werd gesteld dat er reeds traceerbaarheid bestond binnen onder meer Eurotransplant, maar dat de nieuwe verplichtingen inzake dataverzameling en notificatie van ernstige ongewenste voorvallen en bijwerkingen toch een grote verandering in de praktijk heeft gebracht.

⁶²⁴⁷ Zie met name inzake de karakteriseringsplicht *supra* Deel VI, Hoofdstuk II, Afd. 2, § 2, A.1. Zie ook: A.-C. SQUIFFLET, o.c., *T. Gez.* 2010-11, (382) 395.

spelen.⁶²⁴⁸ (2) Bovendien heeft de omzetting van Richtlijn 2010/53/EU geleid tot het importeren van een aantal basisbegrippen – m.n. ‘orgaan’, ‘donatie’, ‘wegneming’ en ‘transplantatie’ – waarvan de definities toch niet zo bevredigend zijn. Zo moet veeleer een nominatieve definitie van ‘orgaan’ worden gehanteerd en moet duidelijker een onderscheid worden gemaakt tussen wegneming/transplantatie enerzijds en het wegnemings-/transplantatieproces anderzijds.⁶²⁴⁹ (3) Voorts heeft ook de omzetting van het commercialiteitsverbod uit artikel 13 Richtlijn 2010/53/EU tot een gebrekkige strafbaarstelling van het non-commercialiteitsbeginsel geleid.⁶²⁵⁰ (4) Tot slot werd ook artikel 15 Richtlijn 2010/53/EU door de Belgische wetgever verkeerd geïnterpreteerd om een absoluut verbod op wilsonbekwame donoren in te voeren.⁶²⁵¹ Hoewel er niet gepleit wordt voor een afschaffing van de bevoegdheid van de EU inzake de kwaliteit en veiligheid van organen, leidt dit alles wel tot de bedenking dat het misschien beter was geweest om het Europese kwaliteits- en veiligheidsbeleid (eerst) via coördinatie in plaats van bindende regelgeving uit te werken.

Er kan tegelijk worden afgevraagd of de Europese bevoegdheid niet kan verruimd worden tot andere aspecten dan kwaliteit en veiligheid. Gelet op de ethische en culturele diversiteit tussen de lidstaten inzake orgaandonatie en -transplantatie is een verruiming voorlopig niet wenselijk.⁶²⁵² Het lijkt beter om ook deze aspecten aan te pakken via *soft law* en meer bepaald via coördinatie tussen de lidstaten onder een actieplan dat niet tot kwaliteit en veiligheid beperkt is.

Stelling 10. Een adequaat juridisch kader is een noodzakelijke, maar onvoldoende voorwaarde om het orgaantekort weg te werken

1289. De vertrekhypothese aan het begin van dit proefschrift was dat het recht een invloed kan hebben op het orgaantekort.⁶²⁵³ Deze veronderstelling werd in de loop van het proefschrift enkel maar bevestigd. Het meest klassieke voorbeeld is wellicht de bevordering van het orgaanaanbod via het vermoeden van toestemming tot orgaanwegneming bij overledenen,⁶²⁵⁴ maar er zou bv. evengoed gedacht kunnen worden aan de juridische uitbouw van de functies “lokale donorcoördinatie”⁶²⁵⁵. Er moet vooral worden ingezien dat het niet gaat om één juridische oplossing die als heilige graal het orgaantekort eigenhandig kan wegwerken, maar veeleer om een combinatie van verschillende juridische oplossingen die samen een coherent juridisch kader vormen inzake de verscheidene aspecten van orgaantransplantatie. Als zodanig kan worden

⁶²⁴⁸ Zie *supra* Deel VI, Hoofdstuk II, Afd. 3, § 1.

⁶²⁴⁹ Zie *supra* Deel II, Hoofdstuk III, Afd. 1, § 3 en Afd. 2, § 1, A.1. en B.1.

⁶²⁵⁰ Zie *supra* Deel III, Hoofdstuk I, Afd. 2, § 1 en § 4, A.

⁶²⁵¹ Zie *supra* Deel IV, Hoofdstuk IV, Afd. 2, § 1, B.

⁶²⁵² A.-C. SQUIFFLET, *o.c.*, *T. Gez.* 2010-11, (382) 384; Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek betreffende bepaalde ethische aspecten van de wijzigingen door de wet van 25 februari 2007 aangebracht aan de wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, www.health.belgium.be, 28 (supranationale teksten mogen zich niet bemoeien met de technische regelgeving betreffende de modaliteiten voor het uiten van toestemming). Vgl. T.K. HERVEY en J.V. MCHALE, *Health Law and the European Union*, 2004, 422, die evenwel enige *convergence* niet uitgesloten acht (*Ibid.*, 403). Vgl. ook: CPME Statement concerning the Communication from the European Commission “Organ Donation and Transplantation: Policy Actions at EU Level” (COM(2007) 275 final), www.cpme.eu, 2, waar wordt gewezen op de prioriteit van nationale regulering.

⁶²⁵³ Zie *supra* Deel II, Hoofdstuk I, Afd. 1, § 2, A.

⁶²⁵⁴ Zie *supra* Deel V, Hoofdstuk IV, Afd. 2, § 1.

⁶²⁵⁵ Zie *supra* Deel III, Hoofdstuk II, Afd. 1, § 3.

besloten dat een adequaat juridisch kader een noodzakelijke voorwaarde is om het orgaantekort weg te werken.

Niettemin moet het belang van het recht in perspectief worden geplaatst. Het orgaantekort is op de eerste plaats toch nog steeds een medisch en maatschappelijk probleem. De oplossing zal logischerwijze dus niet enkel in juridische, maar eveneens in medische en maatschappelijke hoek moeten worden gezocht.⁶²⁵⁶ Inzake het maatschappelijke aspect moet nogmaals het belang van sensibilisering benadrukt worden.⁶²⁵⁷ Het publieke vertrouwen is doorheen dit proefschrift meermaals een belangrijke factor gebleken voor het behoud van de donatiebereidheid. Dit vertrouwen moet blijvend worden aangewakkerd via niet enkel gepaste legislatieve keuzes, maar ook sensibiliseringacties zoals de Beldonor-campagne van de FOD Volksgezondheid. Inzake het medische aspect kan bv. gedacht worden aan het ontwikkelen van betere orgaanpreservatiemethoden of betere immunosuppressiva. Hiertoe kan de overheid bijdragen door met name in financiering te voorzien of althans aan te sporen tot meer onderzoek.⁶²⁵⁸

Tot slot moet ook verder worden gekeken dan de transplantatie van organen afkomstig van menselijke donoren. Het wegwerken van het orgaantekort is op zijn beurt uiteindelijk ook maar een middel om de gezondheid van patiënten te behartigen. Indien dit ook op andere manieren dan transplantatie van menselijke organen kan, dan mogen deze alternatieven niet genegeerd worden.⁶²⁵⁹ Er kan alvast verwezen worden naar de voorlopig ontoereikende ontwikkelingen inzake preventie van orgaanfalen, xenotransplantatie, kunstorganen, reproductief klonen en regeneratieve geneeskunde, die reeds in het begin van dit proefschrift werden vermeld.⁶²⁶⁰ Hiermee is de cirkel rond.

⁶²⁵⁶ Vgl. o.a. BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, *Organ donation in the 21st century: Time for a consolidated approach*, London, BMA, 2000, 5; F. VAN GELDER *et al.*, “What is the Limiting Factor for Organ Procurement in Belgium: Donation or Detection? What Can Be Done to Improve Organ Procurement Rates?”, *Acta Chir. Belg.* 2008, (27) 28-29; A. GOEGEBUER, e.a., “Levertransplantatie via levende donatie bij volwassenen: een literatuuroverzicht”, *T. Gen.* 2006, vol. 62, (368) 368; R. COPPEN, *Organ Donation, policy and legislation. With special reference to the Dutch Organ Donation Act*, Utrecht, NIVEL, 2010, 52

⁶²⁵⁷ Zie reeds *supra* Deel II, Hoofdstuk I, Afd. 1, § 2, B.

⁶²⁵⁸ Vgl. 42 U.S.C. §274f-1(b) en 42 U.S.C. §274f-3; ACOT Recommendation 9, www.organdonor.gov.

⁶²⁵⁹ Vgl. A.-M. FARRELL, D. PRICE en M. QUIGLEY, “A principled and pragmatic approach to organ shortage” in A.-M. FARRELL, D. PRICE en M. QUIGLEY (eds.), *Organ shortage: ethics, law, and pragmatism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, (3) 14.

⁶²⁶⁰ Zie *supra* Deel I, Hoofdstuk I, Afd. 2, § 4, B.

SELECTIEVE BIBLIOGRAFIE

België

- Advies nr. 11 van 20 december 1999 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek i.v.m. het wegnemen van organen en weefsels bij gezonde levende personen, met het oog op transplantatie, www.health.belgium.be.
- Advies nr. 43 van 10 december 2007 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek betreffende de problematiek van de commercialiseerbaarheid van menselijke lichaamsdelen, www.health.belgium.be.
- Advies nr. 50 van 9 mei 2011 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek betreffende bepaalde ethische aspecten van de wijzigingen door de wet van 25 februari 2007 aangebracht aan de wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, www.health.belgium.be.
- Advies nr. 54 van 10 december 2012 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek betreffende de toestemming tot wegneming *post mortem* van menselijk lichaamsmateriaal met het oog op de geneeskundige toepassing op de mens of het wetenschappelijk onderzoek, <http://www.health.belgium.be>.
- Advies nr. 60 van 27 januari 2014 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek met betrekking tot de ethische aspecten van levertransplantatie bij patiënten met acute alcoholische hepatitis (AAH) die niet op de klassieke medische behandelingen reageren, <http://www.health.belgium.be>.
- Advies nr. 63 van 12 oktober 2015 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek betreffende sommige aspecten van het ontwerpprotocol "Donation after Circulatory Death" (DCD) van de Belgische Transplantatieraad en de Belgische Transplantatievereniging, <http://www.health.belgium.be>.
- ARNOU, P., "De strafrechtelijke immuniteit van de medicus. Grondslag en grenzen", *Jura Falc.* 1979-80, 431-436.
- BAETEMAN, G., *Personen- en gezinsrecht. Vol. 1*, Deurne, Kluwer, 1992, 255 p.
- BELHOUS, A. et al., "Prélèvement et transplantation d'organes à travers la législation marocaine et la législation belge", *Con. M.* 2008, 27-36.
- BLOCKX, F., *Beroepsgeheim*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 507 p.
- BOONE, I., "Het wegnemen en transplanteren van organen volgens het Belgische recht", *TPR* 1996, 91-133.
- BOSMAN, L. en LEROY-SWAANS, M.L., "Implications juridiques et morales des prélèvements et greffes d'organes", *Rev. Méd. Liège* 1968, 588-609.
- BOURGOIGNIE, T., BERT, C. en DEBLONDE, J., *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain*, Brussel, Services fédéraux des affaires scientifiques, techniques et culturelles, 1996, 228 p.
- BRICMONT, G., "Les problèmes juridiques posés par les prélèvements d'organes sur le cadavre de l'homme", *JT* 1971, 145-147.
- BROECKX, N., "Living Organ Donation and Minors: A Major Dilemma", *EJHL* 2013, 41-62.
- BROECKX, N., "Nieuwe regels voor orgaantransplantatie: een kritische analyse", *T. Gez.* 2012-13, 269-304.
- BROECKX, N., "Artikel 8 EVRM en het verzetsrecht van de nabestaanden bij orgaanwegneming *post mortem*" (noot onder EHRM 24 juni 2014, Petrova/Letland), *T. Gez.* 2014-15, 122-125.
- CALLENS, S., "Gezondheidsrechtelijke vragen bij gebruik van cellen, weefsels, coupes en ander lichaamsmateriaal" in TILLEMANS, B. en VERBEKE, A. (eds.), *Actualia vermogensrecht. Liber amicorum KULAK. Als hulde aan Prof. dr. Georges Macours*, Brugge, die Keure, 2005, 263-273.
- CEUPPENS, N., DE MARS, B., SCHOUKENS, P. en DE BECKER, E., "De ziekteverzekering" in VANSWEEVELT, T. en DEWALLENS, F. (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume I*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 41-91.
- COOPMAN, M., "Orgaandonatie en het tekort aan donoren in vergelijkend perspectief. De situatie in België en Nederland", *Jura Falc.* 2007-08, 383-419.
- CORNELIS, L., *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 997 p.
- DALCQ, C., "La transmission des M.S.T. Responsabilité civile" in M. VINCINEAU (ed.), *Le SIDA: un défi aux droits*, Brussel, Bruylant, 1991, 283-296.
- DE BRUYNE, J., "Een verwantenvoorrecht: het regelen van de wijze en de plaats van de begrafenis indien de overledene desbetreffend niets bepaald heeft", *RW* 1960-61, 823-834.
- DE HERDT, J., *Fysiek interpersoonlijk geweld. Een onderzoek naar de accurateheid en de coherentie van de strafrechtelijke kwalificaties en instrumenten aangewend als reactie op fysiek interpersoonlijk geweld*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 922 p.
- DE HERT, P., "Artikel 8. Recht op privacy" in VANDE LANOTTE, J. en HAECK, Y. (eds.), *Handboek EVRM. Deel 2. Artikelsgewijze commentaar. Vol. I*, Antwerpen, Intersentia, 2004.
- DE KOEKELAERE, A., "Geneeskunde, Bio-ethiek en recht", *RW* 1993-94, 481-505.
- DELNOY, P., "Les droits de la personnalité au décès" in RENCHON, J.-L. (ed.), *Les droits de la personnalité*, Brussel, Bruylant, 2009, 281-298.
- DE NAUW, A., *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Kluwer, 2005 (5^{de} ed.), 380 p.
- DE PAGE, H. en MASSON, J.P., *Traité élémentaire de droit civil belge. Tome II. Les personnes. Vol. I*, Brussel, Bruylant, 1990.

- DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge, I*, Brussel, Bruylant, 1962.
- DELBEKE, E., “De informatieplicht over de relevante risico’s van een medische ingreep: draagwijdte, determinerende factoren en gevolgen bij miskenning”, *T. Gez.* 2007-08, 355-369.
- DELBEKE, E., *Juridische aspecten van zorgverlening aan het levenseinde*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 1249 p.
- DELVAUX, P.-H. en VANDENHOUTEN, L., “La responsabilité du fait des produits de santé” in CRUYPLANTS, J. en FAGNART, J.-L. (eds.), *Actualités du droit de la santé*, Brussel, Jeune barreau de bruxelles, 1999, 199-238.
- DEMOOR, A., “Transplantatie van organen of: zal het recht dwingen tot naastenliefde?”, *Jura Falc.* 76-77, 69-88.
- DE VOGELAERE, T., *Testamenten anno 2013: Balanceren op de grenzen van de wilsautonomie*, Gent, Larcier, 2013, 98 p.
- DE WULF, C., *Het opstellen van notariële akten. Deel I*, Mechelen, Kluwer, 2002, 504-505.
- DIERICKX, A., *Toestemming en strafrecht: een strafrechtsdogmatische analyse van de toestemming en de strafrechtelijke bescherming van lijf en leven*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 561 p.
- DIERICKX, A. en DEWALLENS, F., “Het intreden van de dood en het schuldig hulpverzuim (art. 422bis Sw.)”, noot onder *Corr.* Brussel 2 januari 2008, *NC* 2009, 136-138.
- DIERICKX, A., BUELENS, J. en VIJVERMAN, A., “Het recht op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, het medisch beroepsgeheim en de verwerking van persoonsgegevens” in VANSWEEVELT, T. en DEWALLENS, F. (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 583-701.
- DIERKENS, R., “De biologische mens in het recht”, *TPR* 1972, 183-201.
- DIERKENS, R., *Lichaam en lijk. Raakpunten van recht en geneeskunde*, Brugge, die Keure, 1962, 286 p.
- DIJKHOFFZ, W., “Het recht op informatie en geïnformeerde toestemming”, *T. Gez.* 2003-04, 104-124.
- DIJON, X., *Le sujet de droit en son corps. Une mise à l'épreuve du droit subjectif*, Namen, Société d'études morales, sociales et juridiques, 1982, 789 p.
- DIJON, X., “Het juridisch statuut van het menselijk lichaam” in CENTRUM GRONDSLAGEN VAN HET RECHT (ed.), *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen, Maklu, 1996, 99-116.
- DIJON, X., “Vers un commerce du corps humain?”, *JT* 2006, 501-504.
- DILLEMANS, R., VAN DEN BOSSCHE, A. en DE CLERCQ, M., *Testamenten*, Mechelen, Kluwer, 2012, 409 p.
- DIRIX, E., “Grondrechten en overeenkomsten” in RIMANQUE, K. (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 35-91.
- DREESSEN, W., “Orgaantransplantatie en mensenrechten”, *Jura Falc.* 1984-85, 500-526.
- DUPONT, L. en VERSTRAETEN, R., *Handboek Belgisch Strafrecht*, Leuven, Acco, 1990, 913 p.
- FAGNART, J.-L., “Transplantation d'organe et responsabilité du fait des produits défectueux”, (noot onder HvJ 10 mei 2001), *JT* 2002, 209-213.
- FIERENS, J. en MATHIEU, G., “Les droits de la personnalité des personnes mineures ou vulnérables” in RENCHON, J.-L. (ed.), *Les droits de la personnalité*, Brussel, Bruylant, 2009, 253-279.
- GENICOT, G., *Droit médical et biomédical*, Brussel, Larcier, 2010, 858 p.
- GILLIEAUX, L., “Wegneming en transplantatie van organen”, *Rev. Rw.* 1988, 11-15.
- GOEDERTIER, “Artikel 14 – Verbod van discriminatie” in VANDE LANOTTE, J. en HAECK, Y. (eds.), *Handboek EVRM. Deel 2. Artikelsgewijze commentaar. Vol. II*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 127-188.
- GOFFIN, T. en NYS, H., “De ontwikkelingen in het medisch recht in 2012” in *Recht in beweging*, Leuven, Maklu, 2013, 81-101.
- GOFFIN, T., *De professionele autonomie van de arts. De rechtspositie van de arts in de arts-patiëntrelatie*, Brugge, die Keure, 2011, 494 p.
- GULDIX, E., *De persoonlijkheidsrechten, de persoonlijke levenssfeer en het priveleven in hun onderling verband*, proefschrift, VUB, 1986, 692 p.
- HENNAU-HUBLET, C., *L'activité médicale et le droit pénal. Les délits d'atteinte à la vie, l'intégrité physique et la santé des personnes*, Brussel, Bruylant, 1987, 475 p.
- HEYVAERT, A., *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed*, Gent, Mys & Breesch, 2002 (3^{de} ed.), 475 p.
- HUBERTS, C. en MINET, J.-F., “La loi du 29 avril 2013 visant à modifier l'article 433quinquies du Code pénal en vue de clarifier et d'étendre la définition de la traite des êtres humains: analyse et mise en perspective”, *Rev. Dr. Pén. Crim.* 2014, 6-48.
- KLUYSKENS, A., *Beginnelen van het burgerlijk recht. Deel I. De verbintenissen*, Antwerpen, Standaard, 1948 (5^{de} ed.), 645 p.
- LAENENS, J., BROECKX, K., SCHEERS, D. en THIRIAR, P., *Handboek gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012 (3^{de} ed.), 853 p.
- LELEU, Y.-H. en GENICOT, G., “La maîtrise de son corps par la personne”, *JT* 1999, 589-600.
- LELEU, Y.-H., *Droit des personnes et des familles*, Brussel, Larcier, 2005, 711 p.
- LEMMENS, C., “De handelings- en wilsonbekwamen” in VANSWEEVELT, T. en DEWALLENS, F. (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 817-1051.
- LEMMENS, C., “De vaststelling en de publiciteit van het overlijden” in VANSWEEVELT, T. en DEWALLENS, F. (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 1513-1558.

- LEMMENS, C., *Voorafgaande wilsverklaringen met betrekking tot het levenseinde*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 995 p.
- LIERMAN, S., *Voorzorg, preventie en aansprakelijkheid*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 605 p.
- LIERMAN, S., "Recht op gezondheidszorg" in VANSWEEVELT, T. en DEWALLENS, F. (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 283-289.
- LUTTE, I., "Transplantation d'organe au regard de la jurisprudence de la C.J.C.E.", (noot onder HvJ 10 mei 2001), *DCCR* 2002, 63-72.
- LYBAERT, D., "Het begrip 'menselijke persoon' in het Belgische strafrecht", *Panopticon* 1993, 390-405.
- MAEIJER, J.M.M., "Transplantatie van organen en het privaatrecht", *TPR* 1969, 153-174.
- MAES, G., "Gezondheidszorg in de Belgische Grondwet: Bescheiden paden naar menswaardigheid" in SANTENS, M. (ed.), *Een rechtvaardige gezondheidszorg*, Brugge, die Keure, 2008, 243-267.
- MATTHIJS, J., "Bedenkingen ten behoeve van een transplantatiewet", *RW* 1971, 161-184 en 209-239.
- MEULDERS-KLEIN, M.T. en MAINGAIN, B., "Le droit de disposer de soi-même. Étendue et limites en droit comparé" in JOURNÉES D'ÉTUDES JURIDIQUES JEAN DABIN (ed.), *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs: contribution à l'étude du règlement juridique des conflits de valeurs en droit pénal, public et international*, Brussel, Bruylant, 1982, 215-288.
- MEULDERS-KLEIN, M.T., "Le corps humain, personnalité juridique et famille en droit belge" in TRAVAUX DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT XXVI, *Le corps humain et le droit (journées belges)*, Parijs, Dalloz, 1975, 19-56.
- NORDIN, E., "Een onderzoek naar de voor- en nadelen van de (gereguleerde) markt in organen", *TPR* 2010, 93-171.
- NYS, H. en BODDEZ, L., "De meerderjarige beschermde personen bekeken vanuit gezondheidsrechtelijke invalshoek", *RW* 2013-14, 1083-1094.
- NYS, H., "Ongelijke toegang tot de gezondheidszorg. Juridisch-ethische aspecten van keuzen in de gezondheidszorg" in LOUCKX, F. (ed.), *De gevelarchitectuur van de welvaartstaat: ongelijke toegang tot de gezondheidszorg*, Brussel, VUBPress, 1995, 45-61.
- NYS, H., "Bloed, zweet en tranen. Kritische ontleding van de wet van 19 december 2008 inzake het verkrijgen en het gebruik van menselijk lichaamsmateriaal", *RW* 2009-10, 178-189.
- NYS, H., "Twintig jaar Wet Orgaanwegneming", *Acta Hospitalia* 2005, 77-79.
- NYS, H., "Moet de orgaantransplantatiewet worden herzien?", *Acta Hospitalia* 1990, 73-74.
- NYS, H., "Eigendom in het medisch recht", *RW* 1983-84, 2357-2374.
- NYS, H., "Dood en (niet) begraven? Over de wegneming van organen bij dode donors", *Acta Hospitalia* 1986, 61-62.
- NYS, H., "Een toestemmingssysteem is onverenigbaar met toestemming of bezwaar door nabestaanden", *TvGR* 2004, 343-346.
- NYS, H., "Kinderen, geneeskunde en recht" in DIERICKX, K. et al., *Kinderen niet toegelaten? Ethisch verantwoord omgaan met kinderen in de geneeskunde*, Leuven, Davidsfonds Uitgeverij, 2010, 16-27.
- NYS, H., "Nieuwe regels voor het wegnemen en het verdelen van menselijke organen", *A. Hosp.* 2007, 69-71.
- NYS, H. en VAN BEEUMEN, G., "Juridische aspecten" in MONBALIU, D., LORMANS, P. en LEDOUX, D. (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, Leuven, Acco, 2014, 38-49.
- NYS, H., "Organ Transplantation" in GEVERS, J.K.M., HONDIUS, E.H. en HUBBEN, J.H. (eds.), *Health Law, Human Rights and the Biomedicine Convention: essays in honour of Henriette Roscam Abbing*, Nijhoff, Leiden, 2005, 219-230.
- NYS, H., "Recht en AIDS. Besmetting, opsporing en preventie strafrechtelijk en gezondheidsrechtelijk beschouwd", *Panopticon* 1988, 8-23.
- NYS, H., *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, Brussel, E.Story-Scientia, 1991 (1^{ste} ed.), 577 p.
- NYS, H., *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, Mechelen, Kluwer, 2005 (2^{de} ed.), 714 p.
- NYS, H., *Recht en bio-ethiek. Wegwijs voor mensen in de gezondheidszorg*, Leuven, LannooCampus, 2010, 277 p.
- OSCHINSKY, S. en OSCHINSKY, Y., "Prélèvement et transplantation d'organes", *JT* 1987, 169-172.
- OSCHINSKY, S., "Les travaux du Conseil de l'Europe dans le domaine du droit de la médecine", *JT* 1980, 1-5.
- OTTEN, S. en WILMOTTE, R., "Le droit à la libre disposition de son corps – L'opposition du conjoint au prélèvement d'organes", *Rev. Dr. Liège* 2004, 286-294.
- PANIS, S. en VAN GELDER, N., "De Wet Menselijk Lichaamsmateriaal van 19 december 2008: een grondige analyse", *T. Gez.* 2010-11, 217-253.
- PANIS, S., "Bloed en bloedderivaten" in VANSWEEVELT, T. en DEWALLENS, F. (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume I*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 973-998.
- PANIS, S., "Lichaamsmateriaal voor geneeskundige toepassingen op de mens" in VANSWEEVELT, T. en DEWALLENS, F. (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 1215-1262.
- PANIS, S., *Stamcellen en recht. Een juridische analyse van wegneming tot gebruik*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 1276 p.
- PAUWELS, J., *Beginnelen van personen- en familierecht. Deel 2*, Leuven, Acco, 1985, 187 p.
- PETIT, J., "Kunnen familieleden zich tegen een autopsie verzetten?", *VI. T. Gez.* 1983-84, 109-116.
- PIRARD, V. en HEINEN, E., "L'opting out en matière de prélèvements post mortem à des fins de recherches ou d'applications médicales: un système éthique sous conditions", *JLMB* 2013, 12-15.
- RIGAUX, E., "Groote Schuur: décembre 1967", *JT* 1969, 453-457.

- ROELS, B. en VANRENTERGHEM, Y., "Legislative aspects of organ and tissue donation in Belgium", *Ann. Transplant* 2001, nr. 4, 39-43.
- SAGAERT, V., *Goederenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 785 p.
- SCHAMPS, G. en SQUIFFLET, A.-C., "Le prélèvement d'organes sur des donneurs vivants majeurs, incapables de manifester leur volonté en raison de leur état mental: quelles perspectives ?", *TBBR* 2011, 318-331.
- SCHUTYSER, K., "Enkele juridische opmerkingen" in APOSTEL, L., DEVROEY, P. en CAMMAER, H. (eds.), *Beschikken over lijf en leven. Ethische vragen rond vrijheid en geborgenheid*, Leuven, Acco, 1987, 85-87.
- SCREVEN, R., "Greffé du coeur", *JT* 1968, 227-228.
- SENAEVE, P., *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2011 (13^{de} ed.), 700 p.
- SINDIC, B., "De la capacité du mineur en matière de prélèvement et de transplantation d'organes", *Ann. Dr. Louvain* 2002, 225-285.
- SQUIFFLET, A.-C., "Enhancing public engagement in organ donation through the law: A comparison between Belgium and the United States" in RANDHAWA, G. en SCHICKTANZ, S. (eds.), *Public Engagement in Organ Donation and Transplantation*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2013, 36-42.
- SQUIFFLET, A.-C., "L'action de l'Union européenne en matière de prélèvement et de transplantation d'organes: commentaires à propos du plan d'action 2009-2015 et de la directive du 7 juillet 2010", *T. Gez.* 2010-11, 382-397.
- SQUIFFLET, A.-C., "Le droit face à la pénurie d'organes: quels apports pour quelle efficacité?" *Ann. dr. Louvain* 2011, 357-404.
- STERCKX, S., "Arguments démontrant le caractère non éthique de l'article 12 de la loi relative à l'obtention et à l'utilisation de matériel corporel", *JLMB* 2013, 8-12.
- STROOBANT, M., "De grondwettelijke rechten op bescherming van de gezondheid en op geneeskundige bijstand", *T. Gez.* 1997-98, 448-457.
- SWENNEN, F., "De meerderjarige beschermde personen (Deel I)", *RW* 2013-14, 563-576.
- SWENNEN, F., "Juridische grondslagen voor de strafrechtelijke immuniteit van de geneesheer i.h.b. de vereiste van het therapeutisch oogmerk", *T. Gez.* 1997-98, 3-21.
- SWENNEN, F., *Geestesgestoorden in het burgerlijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 879 p.
- SWENNEN, F., *Het personen- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014 (3^{de} editie), 572 p.
- SWENNEN, F., "Er is leven na de dood. Persoonlijkheidsrechten na overlijden", *TPR* 2013, 1489-1553.
- TACK, S. en BALTHAZAR, T., *Patiëntenrechten. Informed consent in de zorgsector: recente evoluties*, Brussel, Larcier, 2007, 100 p.
- TACK, S., "[commentaar bij de Orgaantransplantatiewet]" in FORNACIARI, D., GOFFIN, T. en TACK, S. (eds.), *Zorginstellingen in diverse takken van het recht*, in *Larcier Wet en Duiding*, Brussel, Larcier, 2013, 179-198.
- TER HEERDT, J., "Aansprakelijkheid bij hiv-besmetting: IPR- en causaliteitsproblemen", (noot onder Gent 24 april 1998), *T. Gez./Rev. Dr. Santé* 1999-00, 63-68.
- TER HEERDT, J., *Het experiment beproefd. Een juridische analyse van medische experimenten met mensen*, Antwerpen, Maklu, 2000, 723 p.
- TERFVE, A., "Le corps humain et les actes juridiques en droit belge" in *Le corps humain et le droit. Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XXVI, Dalloz, 1977, 191-201.
- TROUET, C., *Van lichaam naar lichaamsmateriaal: recht en het nader gebruik van cellen en weefsels*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 590 p.
- TROUSSE, P.E., "Influence des progrès de la biologie et de la médecine sur le droit pénal" in CENTRE INTERUNIVERSITAIRE DE DROIT COMPARE, *Rapports belges ua VIII^e Congrès international de droit comparé*, Brussel, CIDC, 1970, 705-735.
- VAN ASSCHE, K., GENICOT, G. en STERCKX, S., "Using Mentally Incompetent Adults as Living Organ Donors: Widely Diverging Regulations in Europe", *EJHL* 2012, 441-466.
- VAN DAMME, M., *Overzicht van het grondwettelijk recht*, Brugge, die Keure, 2008, 467 p.
- VAN DEN WYNGAERT, C. m.m.v. VANDROMME, S., *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen. Deel I*, Antwerpen, Maklu, 2011 (8^{ste} ed.), 536 p.
- VAN DEN WYNGAERT, C. m.m.v. VANDROMME, S., *Strafrecht, strafprocesrecht en internationaal strafrecht in hoofdlijnen. Deel II*, Antwerpen, Maklu, 2006 (6^{de} ed.), 1314 p.
- VANDEWIELE, A., "Levenstestament", *T. Not.* 2008, 521-532.
- VAN GELDER, N., "Menselijk lichaamsmateriaal voor wetenschappelijk onderzoek" in VANSWEEVELT, T. en DEWALLENS, F. (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 1263-1302.
- VAN GELDER, N., *Commercialisering van menselijk lichaamsmateriaal*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 863 p.
- VAN GELDER, N., "Post-Mortem Donation – Presumed Consent for Research Purposes? A Comparative Study", *CD of proceedings of the 18th World Congress on Medical Law* 2010, 13 p.
- VAN GERVEN, W. m.m.v. COVEMAEKER, S., *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2010 (3^{de} ed.), 719 p.
- VAN GERVEN, W., *Beginselen van Belgisch privaatrecht: algemeen deel*, Antwerpen, Standaard, 1973 (2^{de} ed.), 519 p.
- VAN HAELEWIJCK, B., "Orgaangift...Van de dood naar het leven..." in VAN ORSHOVEN, A. en EGBERT, Y. (eds.), *"Levenstestament" en andere voorafgaande wilsverklaringen*, Antwerpen, Garant, 2003, 153-165.

- VAN NESTE, F., “Het zelfbeschikkingsrecht – een kritische studie”, *RW* 1991-92, 689-699.
- VAN NESTE, F., *Zakenrecht. Boek I*, Brussel, Story-Scientia, 1990 (2^{de} ed.), 507 p.
- VAN OEVELEN, A. en DE BOECK, A., “De begrenzing van de contractuele vrijheid ten aanzien van de beschikkingsmacht over het menselijk lichaam” in CENTRUM GRONDSLAGEN VAN HET RECHT (ed.), *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen, Maklu, 1996, 305-353.
- VAN SLYCKEN, L., “Beschikkingsrecht van de minderjarige over eigen leven en lichaam” in CENTRUM GRONDSLAGEN VAN HET RECHT (ed.), *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen, Maklu, 1996, 243-303.
- VANDE LANOTTE, J. en GOEDERTIER, G. m.m.v. DE PELSMAEKER, T., *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2013 (7^{de} editie), 1471 p.
- VANDE MOORTEL, J., “Het wegnemen en transplanteren van organen volgens de Belgische wet”, *Vl. T. Gez.* 1988-89, 318-323.
- VANSWEEVELT, T. en BROECKX, N., “De Orgaantransplantatiewet” in *Commentaar Personen- en familierecht*, Antwerpen, Kluwer, 2013, currens, losbl.
- VANSWEEVELT, T. en TACK, S., “Het recht op gezondheidstoestandinformatie en geïnformeerde toestemming” in VANSWEEVELT, T. en DEWALLENS, F. (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 331-428.
- VANSWEEVELT, T. en WEYTS, B., *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 935.
- VANSWEEVELT, T., “De Orgaantransplantatiewet” in *Commentaar Personen- en familierecht*, Antwerpen, Kluwer, 2007, currens, losbl.
- VANSWEEVELT, T., “De Wet Medische Ongevallen”, *T. Gez.* 2010-11, 84-134.
- VANSWEEVELT, T., “Definities en toepassingsgebied van de Wet Patiëntenrechten”, *T. Gez.* 2003-04, 66-73.
- VANSWEEVELT, T., “Rechtsverhoudingen, aansprakelijkheid en schadevergoeding in de gezondheidszorg” in VANSWEEVELT, T. en DEWALLENS, F. (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Vol. I*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 1255-1578.
- VANSWEEVELT, T., “De klinische autopsie als medisch-juridisch probleem”, (noot onder Rb. Leuven 25 november 1986), *Vl. T. Gez.* 1989, 258-262.
- VANSWEEVELT, T., “Het juridische statuut van het lijk” in VANSWEEVELT, T. en DEWALLENS, F. (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 1559-1609.
- VANSWEEVELT, T., “Persoonlijksrechten van minderjarigen en grenzen van het ouderlijk gezag: de toestemming van de minderjarige in een medische behandeling”, *RW* 1987-88, 897-912.
- VANSWEEVELT, T., *Aids en recht. Een aansprakelijkheids- en verzekeringsrechtelijke studie*, Antwerpen, Maklu, 1989, 152 p.
- VANSWEEVELT, T., *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, Antwerpen, Maklu, 1992, 947 p.
- VELAERS, J., “Het menselijk lichaam en de grondrechten” in CENTRUM GRONDSLAGEN VAN HET RECHT (ed.), *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen, Maklu, 1996, 117-207.
- VERELST, R., “De wet op het wegnemen en transplanteren van organen”, *Vl. T. Gez.* 1987, 97-102.
- VIJVERMAN, A., “Medische experimenten op mensen. De wet van 7 mei 2004 en haar toepassing in de praktijk: de krachtlijnen en het toepassingsgebied van de wet”, *T. Gez.* 2005-06, 2-21.
- WILLEKENS, H., “De rol van het recht in de medicalisering van de maatschappelijke besluitvorming: abdicatie en organisatie” in HEYVAERT, A., KRUIHOF, R. en VANSWEEVELT, T. (eds.), *Juridische aspecten van de geneeskunde*, Antwerpen, Kluwer, 1989, 11-53.
- WOSTYN, L., *Het overmaken van medische gegevens na het overlijden van de patiënt*, Gent, Story Publishers, 2011, 126 p.

Nederland

- AKVELD, J.E.M. “Het Voorstel van wet op de Orgaandonatie gewogen”, *TvGR* 1992, 62-76.
- AKVELD, J.E.M. en HERMANS, H.E.G.M., “Rechtspositie minderjarigen bij orgaantransplantatie”, *FJR* 1988, 122-126.
- AKVELD, J.E.M., “Juridische aspecten van orgaandonatie” in AKVELD, J.E.M. et al. (eds.), *Orgaandonatie, een kwestie van bereidheid*, Lelystad, Koninklijke Vermande, 1988, 15-48.
- AKVELD, J.E.M., “Juridische aspecten van orgaantransplantatie” in TEN HAVE, H.A.M.J., ENGBERTS, D.P. en KALKMAN-BOGERD, L.E. (eds.), *Ethiek en recht in de gezondheidszorg*, Deventer, Kluwer, 2007, losbl., XXIII, 203-210s.
- AKVELD, J.E.M., *Transplantatie en wetgeving: werkelijkheid en ideaal*, Lelystad, Vermande, 1987, 199 p.
- AKVELD, H. en BUIJSEN, M., *Een juridische verkenning inzake alternatieve beslissingsystemen rondom orgaandonatie en inzake financiële incentives*, 2008, www.rijksoverheid.nl, 19 p.

- BARONESSE VAN TILL-D'AULNIS DE BOUROUILL, H.A.H., "Donorbescherming bij postmortale orgaanverwijdering", *TvGR* 1984, 21-26.
- BROUNS, A.A.T.M., "Enige opmerkingen over orgaandonatie", *TvGR* 1987, 113-115.
- BOS, M.A., "Orgaantransplantatie en de rol van de overheid" in KIRKELS, V.G.H.J. (ed.), *Transplantatie en mensbeeld*, Baarn, Ambo, 1992, 42-52.
- BOS, M.A., "Ethical and Legal Issues in Non-Heart-Beating Organ Donation", *Transplantation* 2005, 1143-1147.
- BUIJSEN, M.A.J.M. en AKVELD, J.E.M., "Bijzondere patiëntenrechten" in HERMANS, H.E.G.M. en BUIJSEN, M.A.J.M. (eds.), *Recht en gezondheidszorg*, Maarssen, Elsevier, 2006, 163-208.
- BUIJSEN, M.A.J.M., "Een geen-bezwaarsysteem voor post mortem orgaandonatie: een kwestie van principe", *AA* 2003, 22-26.
- BUIJSEN, M., "Ongelijke behandeling in de Nederlandse gezondheidszorg. Te rechtvaardigen of niet?", *NJ* 2009, 609-614.
- BUIJSEN, M., "Een stapje dichterbij een geen-bezwaarsysteem?", *Ars Aequi* 2014, 93-99.
- COPPEN, R., MARQUET, R.L. en FRIELE, R.D., *Het donorpotentieel. Een vergelijking van het donorpotentieel in Nederland en 9 andere West Europese landen*, Utrecht, NIVEL, 2003, 52 p.
- COPPEN, R., *Organ donation, policy and legislation. With special reference to the Dutch Organ Donation Act*, Utrecht, NIVEL, 2010, 212 p.
- DE BIJL, N.P.Y.M., "Wet op de lijkbezorging", *TvGR* 1985, 207-217.
- DE GROOT, G.R.J., "Wachtlijsten in de gezondheidszorg", *TvGR* 1996, 58-70.
- DEN HARTOGH, G., "Tacitly consenting to donate one's organs", *J. Med. Ethics* 2011, 344-347.
- DE ROODE, R.P., "De rol van de arts bij postmortale donatie", *Ned. T. Gen.* 2001, 681-684.
- ELFFERS, H., HESSING, D.J. en PIETERMAN, R., "Wetsvoorstel orgaandonatie: alleen een registratie-bezwaarsysteem zal voldoen", *NJB* 1993, 877-882.
- ENGBERTS, D.P., en KOSTER-REIDSMA, Y.M., "Orgaantransplantatie en bloedtransfusie" in ENGBERTS, D.P. en KALKMAN-BOGERT, L.E. (eds.), *Gezondheidsrecht*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum, 2009 (2^{de} ed.), 121-133.
- GEVERS, J.K.M., "Het recht op gezondheidszorg bij beperkte beschikbaarheid van voorzieningen" in ROSCAM ABBING, H.D.C. en WIJMEN, F.C.B. (eds.), *Wetgeving gezondheidszorg in perspectief*, Deventer, Kluwer, 1989, 71-79.
- GEVERS, J.K.M., "Transplantatiegeneeskunde en recht" in KIRKELS, V.G.H.J. (ed.), *Transplantatie en mensbeeld*, Baarn, Ambo, 1992, 23-33.
- GEVERS, J.K.M. en FRIELE, R.D., "Beslissen over postmortale orgaandonatie: tussen toestemming en bezwaar", *NJB* 2004, 2032-2037.
- GEZONDHEIDSRAAD, *Nieuwe wegen naar orgaandonatie*, Den Haag, Gezondheidsraad, 2003, nr. 2003/1, 386 p.
- GEZONDHEIDSRAAD, *Ruilen met de wachtlijst: een aanvulling op het programma voor nierdonatie-bij-leven?*, Den Haag, Gezondheidsraad, 2007, nr. 2007/11, 90 p.
- GEZONDHEIDSRAAD, *Een billijke compensatie. Overwegingen bij een voorstel om levende nierdonoren prioriteit te geven bij transplantatie*, Den Haag, Gezondheidsraad, 2011, nr. 2011/06, 98 p.
- HESSING, R.C., "Orgaandonatie en het geen-bezwaarsysteem: geen bezwaar!", *TvGR* 1986, 340-342.
- HESSING, D.J. en ELFFERS, H., "Het Wetsvoorstel op de orgaandonatie: een mislukking op voorhand", *NJB* 1992, 729-733.
- HIRSCH BALLIN, E.D., *Juridische aspecten van orgaantransplantaties*, Deventer, Kluwer, 1968, 18 p.
- HERMANS, H.E.G.M., *Gezondheidsrecht en minderjarigen: de rechtspositie van minderjarigen in de gezondheidszorg*, Deventer, Kluwer, 1990, 178 p.
- HUBBEN, J.H. en SLOOFF, M.J.H., "Leverdonor niet langer kind van de rekening", *Ned. T. Gen.* 2010, 882-883.
- HULST, E., "Orgaandonatie: geen bezwaar tegen 'geen bezwaar'", *NJB* 2008, 1796-1799.
- JANSEN, I., "Wet op de orgaandonatie", *Ars Aequi* 1996, 625-633.
- KASTELEIN, W.R., "Selectie van patiënten, aparte beroepsinstantie?" in ROSCAM ABBING, H.D.C. en VAN WIJMEN, F.C.B. (eds.), *Wetgeving gezondheidszorg in perspectief*, Deventer, Kluwer, 1989, 81-95.
- KOENE, R.A.P., "De Wet op de Orgaandonatie geëvalueerd: vooral tegenvallers", *Ned. T. Gen.* 2002, 652-654.
- KOKKEDEE, W., *Het tekort aan postmortale orgaandonaties: oorzaken en oplossingen in juridisch perspectief*, Arnhem, Gouda Quint, 1992, 399 p.
- KOKKEDEE, W., "De Wet op de orgaandonatie aangenomen", *TvGR* 1998, 202-212.
- KOMPANJE, E.J.O., "Nederland is goed in donorpreventie. Kritische kanttekening bij onderzoek naar donorpotentieel", *Medisch Contact* 2003, nr. 32/33.
- KOMPANJE, E.J.O., *Geven en nemen. De praktijk van postmortale orgaandonatie: een kritische beschouwing*, Utrecht, Van der Wees, 1999, 469 p.
- KNOTTENBELT, J., "Transplantatie en toestemming", *WPNR* 1970, 241-244 en 249-251.
- KUIPER, M.A. en JANSEN, N.E., "Wetswijziging legitimeert de huidige donatiepraktijk", *Ned. T. Gen.* 2013, 1-3.
- LEENEN, H.J.J., "Gezondheidsrechtelijke aspecten van orgaantransplantatie", *NJB* 1978, 871-879.

- LEENEN, H.J.J., DUTE, J.C.J., LEGEMAATE, J., e.a., *Handboek gezondheidsrecht*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014 (6^{de} ed.), 862 p.
- LEENEN, H.J.J., *Rechten van mensen in de gezondheidszorg. Een gezondheidsrechtelijke studie*, Alphen aan den Rijn, Samsom, Uitgeverij, 1978, 275 p.
- LEENEN, H.J.J., "Selectie van patiënten bij schaarse medische mogelijkheden", *TvGR* 1980, 243-259.
- LEENEN, H.J.J., "Gelijkheid en ongelijkheid in de gezondheidszorg", *TvGR* 1984, 53-68.
- LEENEN, H.J.J., "Selectie van patiënten; een onoplosbaar dilemma", *TvGR* 1987, 179-192.
- MAARSE, H. en ISTAMTO, T., *De invloed van beslissystemen op de beschikbaarheid van donororganen: een internationale vergelijking*, Universiteit Maastricht, 2008, www.rijksoverheid.nl, 58 p.
- MAEIJER, J., "Transplantatie van organen: opnieuw bezien", *TPR* 2008, 1-7.
- MEERSBERGEN, D.Y.A., "Wet op de orgaandonatie" in DE GROOT, G.R.J., VAN DEN ENDE, T.A.M., KALKMAN-BOGERD, L.E. en LINDERS, J.J.M. (eds.), *Gezondheidsrecht: tekst & commentaar*, Deventer, Kluwer, 2013, 1481-1548.
- PERRICK, S., "Schenking van organen. Enkele juridische aspecten", *TvGR* 1979, 141-146.
- PETIT, C., "Lichaam en lijk als voorwerpen van rechtsbetrekking", *Themis* 1950, 428-435.
- RANG, J.F., "Gezondheidsrechtelijke aspecten van familiedonatie bij niertransplantatie", *TvGR* 1979, 14-24.
- RATHENAU INSTITUUT, *Tekort aan donororganen nauwelijks oplosbaar*, Den Haag, Rathenau uitgave, 2002, 20 p.
- ROSCAM ABBING, H.D.C., "Wet op de orgaandonatie: rechtvaardige verdeling van geschikte organen in Europees perspectief", *TvGR* 1996, 380-388.
- ROSCAM ABBING, H.D.C. "Recht op gezondheidszorg: een beschouwing over grenzen en grenzen aan het stellen van grenzen" in GEVERS, J.K.M. en HUBBEN, J.H. (eds.), *Grenzen aan de zorg; zorgen aan de grens. Liber amicorum voor prof. dr. H.J.J. Leenen*, Alphen aan den Rijn, Samsom H.D. Tjeenk Willink, 1990, 84-97.
- ROSCAM ABBING, H.D.C., "Belangen en wetgever" in AKVELD, J.E.M. et al. (eds.), *Orgaandonatie, een kwestie van bereidheid*, Lelystad, Koninklijke Vermande, 1988, 97-113.
- SIEBELINK, M.J. en DORSCHIEDT, J.H.H.M., "Postmortale orgaan- en weefeseldonatie en de rechtspositie van het jonge kind", *FJR* 2008, 52-57.
- SIJMONS, J., "Beschikken over organen na overlijden: organen als collectieve nalatenschap?", *NTBR* 2013, 259-266.
- SLUYTERS, B., "Juridische aspecten" in GREEP, J.M. (ed.), *Orgaantransplantatie*, Leiden, Stafleu, 1970, 361-394.
- SLUYTERS, B., "Transplantatie en toestemming: een commentaar", *WPNR* 1970, 363-366.
- STOLKER, C.J.J.M., "Aansprakelijkheid voor bloedprodukten en bloedtransfusies", *NJB* 1995, 685-695.
- TERPSTRA, O.T., "Orgaandonatie" in TEN HAVE, H.A.M.J., ENGBERTS, D.P. en KALKMAN-BOGERD, L.E. (eds.), *Ethiek en recht in de gezondheidszorg*, Deventer, Kluwer, 1992, losbl., XXIII, 21-37.
- TORRINGA, R.A., "Transplantatie van menselijke organen", *Ars Aequi* 1970, 1-8.
- VAN BEERS, B.C., *Persoon en lichaam in het recht*, s.l., Boom Juridische Uitgevers, 2009, 775 p.
- VAN HERTEN, J.H.S., "Toestemming bij ontleding, niet gerechtelijke sectie en orgaanexplantatie", *TvGR* 1980, 190-197.
- VAN HERTEN, J.H.S., "De rechtspositie van lichaam, lijk, stoffelijke resten, organen en niet-menselijke implantaten", *WPNR* 1984, 155-164.
- VAN OVEN, J.C., "Het recht op eigen lichaam", *Nederlandsch Juristenblad* 1926, 17-22.
- VAN RAAK-KUIPER, J., "De rechtspositie van minderjarigen en de Wet op de orgaandonatie", *FJR* 1998, 114-119.
- VAN TILL-D'AULNIS DE BOUROUILL, H.A.H., "Doodscriteria. Achtergronden van de verwarring en een poging tot verheldering", *TPR* 1974, 495-542.
- VROOM-KASTELEIN, W.R., "Toestemming voor orgaandonatie: geen bezwaar?", *TvGR* 1986, 154-163.
- WERY, C.F., "Beschikken over eigen lichaam en lichaamsdelen", *Ars Aequi* 1976, 305-315.

Frankrijk

- ALBERT, N., "Les organes contaminés ne peuvent être assimilés à des « produits défectueux »", (noot onder Conseil d'État 27 januari 2010), *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* 2010, 2189.
- BAUMANN, A. et al., "Réanimation non thérapeutique en fin de vie pour préservation des organes en vue d'un don: problèmes éthiques et légaux", *Presse Med.* 2012, e350-e358.
- BERNARD-XEMARD, C., "Prélèvements d'organes post mortem et incapacité juridique", *Droit de la famille* 2012, www.lexisnexis.com.
- BERNARD-XEMARD, C., "Donner et recevoir (À propos des dons d'organes du vivant et des échanges sur le sujet entre juristes et médecins)", *Droit de la Famille* 2014, dossier 16, www.lexisnexis.com.

- BINET, J.-R., "Le don croisé, une nouvelle étape dans l'extension des possibilités de prélèvement d'organes sur personnes vivantes. – À propos du décret du 7 septembre 2012 relatif au prélèvement et à la greffe", *Droit de la famille* 2012, www.lexisnexis.com.
- BINET, J.-R., "Le prélèvement d'organes post mortem en droit français: un équilibre incertain", *Droit de la famille* 2014, www.lexisnexis.com.
- BINET, J.-R., "Présentation générale de la loi relative à la bioéthique" in BECQUE, J. (ed.), *Juris Classeur: droit civil*, Parijs, Éditions techniques, 2012, currens, art. 16 à 16-14: fasc. 5.
- BROYER, M., "Le paradoxe du don dans les transplantations avec donneur vivant" in CARVAIS, R. en SASPORTES, M. (eds.), *La greffe humaine: (in)certitudes éthiques: du don de soi à la tolérance de l'autre: dialogue pluridisciplinaire sur "la greffe, le don et la société"*, Parijs, Presses universitaires de France, 2000, 421-443.
- BRUNET, L., "Le médecin et la mort/Le médecin et le mort: fin de vie et prélèvement d'organes" in BELLIVIER, F. en NOIVILLE, C., *Nouvelles frontières de la santé, nouveaux rôles et responsabilités du médecin*, Parijs, Dalloz, 2006, 137-161.
- BYK, C., "Transplantation d'organes et droit: une greffe réussie ? Expérience française, contexte européen", *JCP G.* 1997, nr. 4026, 245-253.
- CHARAF ELDINE, A., "Les prélèvements d'organes. Commentaire de la loi n° 76-1181 du 22 déc. 1976", *Rev. Dr. Sanit.* 1978, 445-463.
- CHAUSSARD, C., "La jurisprudence *Bianchi* appliquée au donneur d'organes", (noot onder Trib. Adm. Lyon 26 september 2006), *AJDA* 2007, 320-324.
- CLAEYS, A. en HURIET, C., *Rapport sur l'application de la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, Parijs, Assemblée Nationale, 1999, 222 p.
- DOCK, M.-C., "Prélèvement d'organes et de tissus sur des donneurs vivants à des fins de transplantation" in GROS ESPIELL, H., MICHAUD, J. en TEBOUL, G. (eds.), *Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine: analyses et commentaires*, Parijs, Economica, 2010, 359-370.
- DOLL, J.-P., "L'aspect moral, religieux et juridique des transplantations d'organes", *Gaz. Pal.* 1974, 820-827.
- DOLL, J.-P., *La discipline des greffes, des transplantations et des autres actes de disposition concernant le corps humain*, Parijs, Masson, 1970, 312 p.
- DREIFUSS-NETTER, F., "Les donneurs vivants, ou la protection des personnes en situation de vulnérabilité", *D.* 2005, 1808-1814.
- EGÉA, P., "Prélèvement *post mortem*, consentement présumé et obligation d'information" (noot onder Adm. Trib. Amiens 14 december 2000), *D.* 2001, 3310-3314.
- EWALD, F., "Transplantation et principe de précaution" in THIEL, M.-J. (ed.), *Donner, recevoir un organe: droit, dû, devoir*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2009, 312-318.
- FAHMY ABDOU, A., *Le consentement de la victime*, Parijs, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1971, 622 p.
- GRANET-LAMBRECHTS, F., "Les dons d'organes, de tissus, de cellules et de produits du corps humain: de la loi Caillavet aux lois bioéthique", *RD Sanit. Soc.* 1995, 1-19.
- GRENOUILLEAU, J.B., "Commentaire de la loi n° 76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes", *D.* 1977, 213-220.
- GRUEL, T., *Le droit ébranlé par les manipulations du corps*, Villeneuve d'Ascq, Presses Universitaires de Septentrion, 2002, 692 p.
- HENTZ, J.-G., "Par-delà le triptyque gratuité, anonymat et consentement présumé dans les dons d'organes" in THIEL, M.-J. (ed.), *Donner, recevoir un organe: droit, dû, devoir*, Straatsburg, Presses universitaires de Strasbourg, 2009, 334-350.
- HERMITTE, M.-A., "Le droit de la responsabilité en matière de transplantation" in R. CARVAIS en M. SASPORTES (eds.), *La greffe humaine: (in)certitudes éthiques: du don de soi à la tolérance de l'autre: dialogue pluridisciplinaire sur "la greffe, le don et la société"*, Parijs, Presses universitaires de France, 2000, 701-718.
- HERMITTE, M.-A., "Le principe de précaution à la lumière du drame de la transfusion sanguine en France" in GODARD, O. (ed.), *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, Parijs, Maison des sciences de l'homme, 1997, 179-198.
- LABBÉE, X., *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, Lille, Presses universitaires de Lille, 1990, 447 p.
- LABRUSSE-RIOU, C., "L'anonymat du donneur: étude critique du droit positif français" in SÉRIAUX, A. (ed.), *Le droit, la médecine et l'être humain: propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXIe siècle*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1996, 81-108.
- LAMARCHE, M., "Critères de la mort et prélèvement d'organes", *Droit de la famille* 2008, www.lexisnexis.com, 1-2.
- LAUDE, A., "La responsabilité des produits de la santé", *D. chron.* 1999, 189-194.
- MARKUS, J.-P., "L'information du donneur d'organe", *Drot de la Famille* 2014, dossier 16, www.lexisnexis.com.
- MICHAUD, J., "Principes et objectifs des règles de répartition du greffon" in CARVAIS, R. en SASPORTES, M. (eds.), *La greffe humaine: (in)certitudes éthiques: du don de soi à la tolérance de l'autre: dialogue pluridisciplinaire sur "la greffe, le don et la société"*, Parijs, Presses universitaires de France, 2000, 743-748.
- NEFUSSY-LEROY, N., *Organes humains: prélèvements, dons, transplantations*, Parijs, Eska, 1999, 249 p.

- PEDROT, P., "Les prélèvements d'organes post mortem" in SÉRIAUX, A. (ed.), *Le droit, la médecine et l'être humain: propos hétérodoxes sur quelques enjeux vitaux du XXI^e siècle*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1996, 165-181.
- PONCHON, F., *Les prélèvements d'organes et de tissus humains*, Parijs, Berger-Levrault, 1997, 181 p.
- PORTNOI, B., "À propos de la définition légale de la mort", *Gaz. Pal.* 1988, 300-302.
- PY, J., "À propos des greffes du coeur: garanties juridiques indispensables pour les greffes d'organes", *Gaz. Pal.* 1968, 84-87.
- SAVATIER, J., "Et in hora mortis nostrae. Le problème des greffes d'organes prélevés sur un cadavre", *D. chron.* 1968, 89-94.
- SAVATIER, R., noot onder Cass. fr. 27 mei 1970, *JCP* 1971, II, 16.833.
- TERRASSON DE FOUGERES, A., "Que votre oui soit oui: plaidoyer pour un registre des acceptations de prélèvements d'organes", *RD Sanit. Soc.* 2000, 339-351.
- THOUVENIN, D., "L'organisation de l'activité de transplantation d'organes par les règles juridiques" in CARVAIS, R. en SASPORTES, M. (eds.), *La greffe humaine: (in)certitudes éthiques: du don de soi à la tolérance de l'autre: dialogue pluridisciplinaire sur "la greffe, le don et la société"*, Parijs, Presses universitaires de France, 2000, 643-665.

Verenigd Koninkrijk

- A.G., "[Commentary on *Re Y*]", *Med. L. Rev.* 1996, 205-207.
- BRAZIER, M. en HARRIS, J., "Does ethical controversy cost lives?" in FARRELL, A.-M., PRICE, D. en QUIGLEY, M. (eds.), *Organ shortage: ethics, law, and pragmatism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, 15-33.
- BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, *Organ donation in the 21st century: Time for a consolidated approach*, London, BMA, 2000, 36 p.
- BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, *Building on Progress: Where next for organ donation policy in the UK?*, 2012, www.bma.org.uk/ethics, 80 p.
- CHERKASSKY, L., "Presumed Consent in Organ Donation: Is the Duty Finally upon Us?", *EJHL* 2010, 149-164.
- COGGON, J., "Elective ventilation for organ donation: law, policy and public ethics", *J. Med. Ethics* 2012, 1-5.
- COGGON, J. en MURPHY, P., "Ante-mortem issues affecting deceased donation: an ethico-legal perspective" in FARRELL, A.-M., PRICE, D. en QUIGLEY, M. (eds.), *Organ shortage: ethics, law, and pragmatism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, 136-148.
- CRONIN, A.J. en DOUGLAS, J.F., "Directed and Conditional Deceased Donor Organ Donations: Laws and Misconceptions", *Med. L. Rev.* 2010, 275-301.
- CRONIN, A.J. en DOUGLAS, J.F., "Non-standard kidneys for transplants: clinical margins, medical morality, and the law", *Med. L. Rev.* 2013, vol. 21, 448-473.
- CRONIN, A.J. en HARRIS, J., "Authorisation, altruism and compulsion in the organ donation debate", *J. Med. Ethics* 2010, 627-631.
- CRONIN, A.J., "Equitable Access to Organs" in WEIMAR, W., BOS, M.A. en BUSSCHBACH, J.J. (eds.), *Organ Transplantation: Ethical, Legal and Psychosocial Aspects. Towards a Common European Policy*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2008, 99-110.
- CRONIN, A.J. *et al.*, "Directed and Conditional Donation: Reflections on Principles and Practice" in WEIMAR, W., BOS, M.A. en BUSSCHBACH, J.J. (eds.), *Organ Transplantation: Ethical, Legal and Psychosocial Aspects. Expanding the European Platform*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2011, 180-189.
- CRONIN, A.J., "Allocation of Non-Directed Living-Donor Organs" in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation: Ethical, Legal and Psychosocial Aspects. Expanding the European Platform*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2011, 396-406.
- DICKENS, B., "Donation and transplantation of organs and tissues" in GRUBB, A. (ed.), *Principles of medical law*, Oxford, Oxford University Press, 2004 (2^{de} ed), 1025-1077.
- DICKENS, B., "Death" in GRUBB, A. (ed.), *Principles of medical law*, Oxford, Oxford University Press, 2004 (2^{de} ed), 1133-1154.
- DWORKIN, G., "The law relating to organ transplantation in England", *Mod. L. Rev.* 1970, vol. 33, 351-377.
- ELLISTON, S., *The best interests of the child in healthcare*, London, Routledge, 2007, 308 p.
- FARRELL, A.-M., PRICE, D. en QUIGLEY, M., "A principled and pragmatic approach to organ shortage" in FARRELL, A.-M., PRICE, D. en QUIGLEY, M. (eds.), *Organ shortage: ethics, law, and pragmatism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, 3-14.
- GARWOOD-GOWERS, A., *Living Donor Organ Transplantation: Key Legal and Ethical Issues*, Aldershot, Ashgate, 1999, 222 p.
- GARWOOD-GOWERS, A., "Time to Address the Problem of Post-Mortem Procurement of Organs for Transplantation Occurring without Proper Pre-mortem Consent", *EJHL* 2013, 383-408.
- HARDCASTLE, R., *Law and the human body: property rights, ownership and control*, Oxford, Hart, 2007, 210 p.
- HERRING, J., *Medical law and ethics*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 685 p.
- HOUSE OF LORDS EUROPEAN UNION COMMITTEE, *Increasing the supply of donor organs within the European Union. Vol. I: Report*, 2008, www.publications.parliament.uk, 90 p.

- JONES, M. m.m.v. LYONS, M., *Medical negligence*, London, Sweet & Maxwell, 2008 (4^{de} ed.), 1226 p.
- KENNEDY, I., *Treat me right: essays in medical law and ethics*, Oxford, Clarendon, 1991 (2^{de} ed.), 428 p.
- LIU, A., "Human Organ Transplant Ordinance: Facilitating Adult Live Donor Transplants?" in FREEMAN, M. en LEWIS, A.D.E., *Law and medicine*, Oxford, Oxford University Press, 2000, 473-491.
- MASON, J.K., "Contemporary Issues in Organ Transplantation" in MCLEAN, S.A.M. (ed.), *Contemporary Issues in Law, Medicine and Ethics*, Aldershot, Dartmouth, 1996, 117-141.
- MASON, J.K., LAURIE, G.T. en AZIZ, M., *Law and medical ethics*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 774 p.
- MASON, J.K., "Death" in GRUBB, A., LAING, J. en MCHALE, J. (eds.), *Principles of medical law*, Oxford, Oxford University Press, 2010 (3^{de} ed.), 1127-1170.
- MCGEE, A.J. en WHITE, B.P., "Is providing elective ventilation in the best interests of potential donors?", *J. Med. Ethics* 2013, 135-138.
- MCHALE, J., "The legal regulation of human material" in GRUBB, A., LAING, J. en MCHALE, J. (eds.), *Principles of medical law*, Oxford, Oxford University Press, 2010 (3^{de} ed.), 1011-1050.
- MCLEAN, S., "Royaume-Uni: vers une révision du cadre juridique?" in MORRIS, P. (ed.), *Regard éthique: Les transplantations*, Straatsburg, Raad van Europa, 2003, 161-173.
- MCLEAN, S.A.M., *Autonomy, consent and the law*, Londen, Routledge-Cavendish, 2010, 237 p.
- MCLEAN, S.A.M., "Transplantation and the 'Nearly Dead': The Case of Elective Ventilation" in MCLEAN, S.A.M. (ed.), *Contemporary Issues in Law, Medicine and Ethics*, Aldershot, Dartmouth, 1996, 143-162.
- NORRIE, K. McK., "Human tissue transplants: legal liability in different jurisdictions", *Int. & Comp. L.Q.* 1985, 442-469.
- NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS, *Human bodies: donation for medicine and research*, London, Nuffield Council on Bioethics, 2011, 254 p.
- NWABUEZE, R.N., "Donated organs, property rights and the remedial quagmire", *Med. L. Rev.* 2008, 201-224.
- ORGAN DONATION TASKFORCE, "Organs for Transplants. A report from the Organ Donation Taskforce", 2008, www.dh.gov.uk/publications, 61 p.
- ORGAN DONATION TASKFORCE, *The potential impact of an opt out system for organ donation in the UK*, 2008, www.odt.nhs.uk, 36 p.
- PRICE, D., *Legal and ethical aspects of organ transplantation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, 487 p.
- PRICE, D., "From Cosmos and Damian to Van Velzen: The Human Tissue Sage Continues", *Med. L. Rev.* 2003, 1-47.
- PRICE, D., "Promoting organ donation: challenges for the future" in FARRELL, A.-M., PRICE, D. en QUIGLEY, M. (eds.), *Organ shortage: ethics, law, and pragmatism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, 245-268.
- PRICE, D.P.T., "Organ Donation as End-of-Life Care: Ante-Mortem Treatment of the Potential Organ Donor" in WEIMAR, W., BOS, M.A. en BUSSCHBACH, J.J.V. (eds.), *Organ Transplantation: Ethical, Legal and Psychosocial Aspects. Expanding the European Platform*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2011, 245-251.
- PRICE, D., "End-Of-Life Treatment of Potential Organ Donors: Paradigm Shifts in Intensive and Emergency Care", *Med. L. Rev.* 2011, 86-116.
- RIEU, R., "The potential impact of an opt-out system for organ donation in the UK", *J. Med. Ethics* 2010, 534-538.
- RUDGE, C., "Legal Aspects of Donation after Cardiac Death in the United Kingdom" in WEIMAR, W., BOS, M.A. en BUSSCHBACH, J.J.V. (eds.), *Organ Transplantation: Ethical, Legal and Psychosocial Aspects. Expanding the European Platform*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2011, 190-196.
- SAUNDERS, B., "Opt-out organ donation without presumptions", *J. Med. Ethics* 2012, 69-72.
- SPERLING, D., *Posthumous Interests: Legal and Ethical Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, 273 p.

Verenigde Staten

- ABEL, B., "Physician Assisted Homicide in Organ Donations After Cardiac Death: the Failure of Biotechnologies to Comply with the Uniform Definition of Death Act and the Dead Donor Rule", *Health & Biomedical L.* 2012, geraadpleegd via www.westlawinternational.com, 1-30.
- ANDERSON, M.F., "The Future of Organ Transplantation: From Where Will New Donors Come, to Whom Will Their Organs Go?", *Health Matrix* 1995, vol. 5, 249-310.
- ANDERSON, M.F., "The prisoner as organ donor", *Syracuse L. Rev.* 2000, vol. 50, 951-979.
- ANDERSON, W.L. en COPELAND, J.D., "Legal intricacies of organ transplantation: regulations and liability", *J. Mo. B.* 1994, 139-144.
- ANNAS, G., *The rights of patients*, New York, New York University Press, 2004 (3^{de} ed.), 387 p.
- ANNAS, G.J., "The Prostitute, the Playboy, and the Poet: Rationing Schemes for Organ Transplantation", *Am. J. Pub. Health* 1985, 187-189.
- AUGUST, J.G., "Modern models of organ donation: challenging increases of federal power to save lives", *Hastings Const. L.Q.* 2013, 393-422.
- BAGINSKI, W., "Hastening Death: Dying, Dignity and the Organ Shortage Gap", *Am. J.L. & Med.* 2009, 562-584.

- BANKS, G.J., "Legal & Ethical Safeguards: Protection of Society's Most Vulnerable Participants in a Commercialized Organ Transplantation System", *Am. J.L. & Med.* 1995, 45-110.
- BARBER, S.D., "The tell-tale heart: ethical and legal implications of in situ organ preservation in the non-heart-beating cadaver donor", *Health Matrix* 1996, 471-502.
- BARON, C.H., BOTSFORD, M. en COLE, G.F., "Live organ and tissue transplants from minor donors in Massachusetts", *B.U.L. Rev.* 1975, 159-193.
- BILGEL, F., *The law and economics of organ procurement*, Cambridge, Intersentia, 2011, 177 p.
- BLAKE, V. en SHAH, K., "Reproductive Tissue Transplants Defy Legal and Ethical Categorization", *Virtual Mentor* 2012, vol. 14, 232-236.
- BONK, K., "Minors as living organ donors: protecting minors from martyrdom", *Child. Legal Rts. J.* 2008, 45-52.
- BONNIE, R.J., WRIGHT, S. en DINEEN, K.K., "Legal Authority to Preserve Organs in Cases of Uncontrolled Cardiac Death: Preserving Family Choice", *J. L. Med. & Ethics* 2008, 741-751.
- BORRY, P. *et al.*, "Donation after Uncontrolled Cardiac Death (uDCD): A Review of the Debate from European Perspective", *J.L Med. & Ethics* 2008, 752-759.
- CANTOR, N.L., *Advance Directives and the Pursuit of Death with Dignity*, Bloomington, Indiana University Press, 1993, 209 p.
- CAPRON, A.M. en KASS, L.R., "A Statutory Definition of the Standards for Determining Human Death: An Appraisal and a Proposal", *Pa. L. Rev.* 1972, 87-118.
- CHEYETTE, C., "Organ harvests from the legally incompetent: an argument against compelled altruism", *B.C. L. Rev.* 1999-00, 465-515.
- CHILDRESS, J.F., "Ethical Criteria for Procuring and Distributing Organs for Transplantation" in BLUMSTEIN, J.F. en SLOAN, F.A. (eds.), *Organ transplantation policy: issues and prospects*, Durham, Duke University Press, 1989, 87-113.
- CLARK, M.K., "Solving the kidney shortage crisis through the use of non-heart-beating cadaveric donors: legal endorsement of perfusion as a standard procedure", *Ind. L.J.* 1995, 929-949.
- COHEN, I.G., "Organs Without Borders? Allocating Transplant Organs, Foreigners, And the Importance of the Nation-State (?)", *Law & Contemp. Probs.* 2014, 175-215.
- COLEMAN, D.L., "Testing the Boundaries of Family Privacy: the Special Case of Pediatric Sibling Transplants", *Cardozo L. Rev.* 2014, 1289-1358.
- COLEMAN, P., "“Brother, can you spare a liver?” Five ways to increase organ donation", *Val. U. L. Rev.* 1996, 1-41.
- COOPER, S.M., "Consent and organ donation", *Rutgers Computer & Tech. L.J.* 1985, 559-588.
- COOPER, J., "Dissecting the Heart of Organ Allocation Policy: Evaluating the Eastern District of Pennsylvania's Grant of Life in Murnaghan v. U.S. Department of Health and Human Services", *Vill. L. Rev.* 2014, 269-303.
- COTTER, H., "Increasing consent for organ donation: mandated choice, individual autonomy, and informed consent", *Health Matrix* 2011, 599-626.
- CURRAN, W.J., "A problem of consent: kidney transplantation in minors", *N.Y.U. L. Rev.* 1959, 891-898.
- DANOVITCH, G.M., "The Promotion of Living Kidney Donation: Lessons for and from the United States" in WEIMAR, W., BOS, M.A. en BUSSCHBACH, J.J.V. (eds.), *Organ Transplantation: Ethical, Legal and Psychosocial Aspects. Expanding the European Platform*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2011, 391-395.
- DENNIS, J.M. *et al.*, "An Evaluation Of The Ethics Of Presumed Consent And A Proposal Based On Required Response", 1993, <http://optn.transplant.hrsa.gov>.
- DOUGLAS, K., "Prison Inmates Are Constitutionally Entitled to Organ Transplants – So Now What?", *St. Louis U. L.J.* 2005, 539-569.
- DOUGLASS, L.E., "Organ donation, procurement and transplantation: the process, the problems, the law", *UMKC L. Rev.* 1996, 201-230.
- DUCHARME, H.M., "Thrift-Euthanasia, in Theory and in Practice: a Critique of Non-Heart-Beating Organ Harvesting" in FREEMAN, M. en LEWIS, A. (eds.), *Law and medicine*, Oxford, Oxford University Press, 2000, 493-525.
- DUFAULT, R.M., "Bone marrow donations by children: rethinking the legal framework in light of *Curran v. Bosze*", *Conn. L. Rev.* 1991-92, 211-246.
- EBERL, J.T. en HELFT, P.R., "Le modèle américain" in THIEL, M.-J. (ed.), *Donner, recevoir un organe: droit, dû, devoir*, Straatsburg, Presses universitaires de Strasbourg, 2009, 31-42.
- ECKERT, R.D., "The AIDS Blood-Transfusion Cases: A Legal and Economic Analysis of Liability", *San Diego L. Rev.* 1992, 203-298.
- FOLEY, E.P., *The Law of Life and Death*, Cambridge, Harvard University Press, 2011, 304 p.
- FRANK, S., "Eligibility Discrimination of the Intellectually Disabled in Pediatric Organ Transplantation", *J. Health & Biomedical L.* 2014, www.westlawinternational.com, 1-31.
- FROLIK, L.A., *The law of later-life health care and decision making*, Chicago, ABA, 2006, 298 p.

- FRIEDMAN, H.D., "The Greatest Gift, But at What Cost? – Objections to Court-Compelled Organ Donation in Aid of a Family Member", *J. Fam. L.* 1991-92, 605-627.
- FURROW, B. *et al.*, *Health Law*, St. Paul, West Publishing, 1995, 962 p.
- GALLAGHER, S.T., "The Spanish Model's Capacity to Save Lives by Increasing Organ Donation Rates", *Temp. Int'l. & Comp. L.J.* 2004, 403-429.
- GLAVES-INNIS, G., "Organ donation and incompetents: can they consent? Comparative analysis of american and canadian laws of consent and brain death determination", *Touro. Int'l L. Rev.* 2000, 155-187.
- GLAZIER, A.K. en SASJACK, S., "Should it be Illicit to Solicit? A Legal Analysis of Policy Options to Regulate Solicitation of Organs for Transplant", *Health Matrix* 2007, 63-99.
- GLAZIER, A.K., "Systematic increases in organ donation: the United States experience" in FARRELL, A.-M., PRICE, D. en QUIGLEY, M. (eds.), *Organ shortage: ethics, law, and pragmatism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, 195-212.
- GLAZIER, A.K., "The Brain Dead Patient Was Kept Alive" and Other Disturbing Misconceptions; A Call for Amendments to the Uniform Anatomical Gift Act", *Kan. J.L. & Pub. Pol'y* 2000, 640-653.
- GOODWIN, M., "My sister's keeper?: law, children and compelled donation", *W. New Eng. L. Rev.* 2006-07, 357-404.
- GRINER, R.W., "Live Organ Donations Between Siblings and the Best Interest Standard: Time for Stricter Judicial Intervention", *Ga. St. U.L. Rev.* 1993-94, 589-613.
- GUNDLE, K., "Presumed Consent: An International Comparison and Possibilities for Change in the United States", *Camb. Q. Healthc. Ethics* 2005, 113-118.
- HAIN, E.R., "I Want "You" to Have "My" Heart: How Using a Will May Better Protect a Donor's Intent in Insuring Successful Directed Donation of Organs", *Quinnipiac Prob. L.J.* 2015, 304-322.
- HARRINGTON, M.M., "The Thin Flat Line: Redefining Who Is Legally Dead in Organ Donation After Cardiac Death", *Denv. U.L. Rev.* 2009, 335-380.
- HARTMAN, R.G., "Gault's Legacy: Dignity, Due Process, and Adolescents' Liberty Interests in Living Donation", *Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y* 2008, 67-106.
- HAZONY, O., "Increasing the supply of cadaver organs for transplantation: recognizing that the real problem is psychological not legal", *Health Matrix* 1993, 219-257.
- HEALY, K. en KRAWIEC, K.D., "Custom, Contract, and Kidney Exchange", *Duke L.J.* 2012, 645-670.
- HINKLE, W., "Giving until it hurts: prisoners are not the answer to the national organ shortage", *Ind. L. Rev.* 2002, vol. 35, 593-619.
- HOLDER, A.R., *Legal issues in pediatrics and adolescent medicine*, New York, John Wiley and sons, 1977, 350 p.
- JAFFE, E.S., HERRE, J.M. en CARSON, J.H., "Eliminating Artificial Barriers to the Equitable Distribution of Hearts for Transplantation", *J. Corp. L.* 1994-95, 109-138.
- JEFFERSON-JONES, J., "The exchange of inmate organs for liberty: diminishing the "yuck factor" in the bioethics repugnance debate", *J. Gender Race & Just.* 2013, vol. 16, 105-137.
- JENSEN, T.R., "Organ procurement: various legal systems and their effectiveness", *Hous. J. Int'l L.* 2000, 555-584.
- KAHN, J., "Commentary: making the most of strangers' altruism", *J. L. Med. & Ethics* 2002, vol. 30, 446-447.
- KALLICH, J.D. en MERZ, J.F., "The Transplant Imperative: Protecting Living Donors From The Pressure to Donate", *J. Corp. L.* 1994-95, vol. 20, 139-154.
- KELLAM, B.L., "A life for a life: why death row inmates should be allowed to donate their organs following executing", *UMKC L. Rev.* 2012, vol. 81, 461-483.
- KOLBER, A.J., "A Matter of Priority: Transplanting Organs Preferentially to Registered Donors", *Rutgers L. Rev.* 2002-2003, 671-739.
- KORINS, J.B., "Curran v. Bosze: toward a clear standard for authorizing kidney and bone marrow transplant between minor siblings", *Vt. L. Rev.* 1991-92, 499-539.
- KURTZ, S., STRONG, C.W. en GERASIMOW, D., "The 2006 Revised Uniform Anatomical Gift Act – A Law to Save Lives", *Health Law Analysis* 2007, 44-49.
- KUSANOVICH, M., "Medical Malpractice Liability and the Organ Transplant", *U.S.F. L. Rev.* 1970-71, 223-282.
- LEAVELL, J.F., "Legal problems in organ transplants", *Miss. L.J.* 1973, 865-899.
- LEE, E.C., "Trading kidneys for prison time: when two contradictory legal traditions intersect, which one has the right-of-way?", *U.S.F. L. Rev.* 2009, vol. 43, 507-557.
- LIN, C., "Organ Transplantation by Prisoners – Considerations of Commuted Sentences", *Current surgery* 2003, vol. 60, nr. 6, 598-599.
- LOBAS, K., "Living Organ Donations: How Can Society Ethically Increase the Supply of Organs?", *Seton Hall Legis. J.* 2005-06, vol. 30, 475-507.
- LOUISELL, D.W., "The procurement of organs for transplantation", *Nw. U.L. Rev.* 1969-70, 607-627.

- MACDONALD, A.C., "Organ donation: the time has come to refocus the ethical spotlight", *Stan. L. & Pol'y Rev.* 1997, 177-184.
- MENIKOFF, J., "Organ Swapping", *Hastings Center Report* 1999, 28-33.
- MILLIS, M.A. en SIMMERLING, M., "Prisoners as Organ Donors. Is it worth the effort? Is it Ethical?", *Transpl. Proc.* 2009, vol. 41, 23-24.
- MISHRA, D., "'Tis Better to Receive: the Case for an Organ Donee's cause of action", *Yale L. & Pol'y Rev.* 2007, 403-414.
- MORLEY, M.T., "Increasing the supply of organs for transplantation through paired organ exchanges", *Yale L. & Pol'y Rev.* 2003, 221-262.
- MORLEY, M.T., "Proxy Consent to Organ Donation by Incompetents", *Yale L.J.* 2001-02, 1215-1249.
- MUMFORD, S.E., "Bone marrow donation – the law in context", *Child & Fam. L. Q.* 1998, 135-146.
- MURPHY, T.H., "Minor Donor Consent to Transplant Surgery: A Review of the Law", *Marq. L. Rev.* 1978-79, 149-169.
- NADEL, M.S. en NADEL, C.A., "Using Reciprocity To Motivate Organ Donations", *Yale J. Health Pol'y, L. & Ethics* 2005, 293-325.
- NEAL, L., "Organ Donation, Therapeutic Cloning, and Laws of the States", *Syracuse Sci. & Tech. L. Rep.* 2012, 80-104.
- NYGREN, S.L., "Organ donation by incompetent patients: a hybrid approach", *U. Chi. Legal F.* 2006, 471-502.
- OMMEN, E.S. en GILL, J.S., "The System of Health Insurance for Living Donors Is a Disincentive for Live Donation", *Am. J. Transpl.* 2010, 747-750.
- ORENSTEIN, D.G. en BETTINI, L.M., "Flipping the light switch: new perspectives on default to donation for organs and tissues", *Annals Health L.* 2014, 141-159.
- OVERCAST, T.D., "Legal Aspects of Transplantation" in CERILLI, G.J. (ed.), *Organ Transplantation and Replacement*, Philadelphia, Lippincott, 1988, 703-715.
- PARENT, B., "Informing Donors about Hand and Face Transplants: Time to Update the Uniform Anatomical Gift Act", *Health & Biomedical L.* 2015, 309-???
- PATTON, L.-H. M., "A call for common sense: organ donation and the executed prisoner", *Va. J. Soc. Pol'y & L.* 1996, vol. 3, 387-434.
- PETERSON, K.E. "My father's eyes and my mother's heart: the due process rights of the next of kin in organ donation", *Val. U. L. Rev.* 2005, 169-221.
- POLLAK, R., "Cadaver Donors are the Best Solution to the Organ Shortage", *DePaul L. Rev.* 2006, 897-902.
- RAO, R., "Property, privacy, and the human body", *B.U.L. Rev.* 2000, 359-460.
- REY, M.M. *et al.*, "Informed consent in research to improve the number and quality of deceased donor organs", *Crit. Care Med.* 2011, vol. 39, 280-283.
- RICHARDS, D., "The Defibrillation of NOTA: How Establishing Federal Regulation of Waitlist Eligibility May Save Organ Transplant Patients With Disabilities from Flat-lining", *S. Cal. L. Rev.* 2013, 151-194.
- ROBBENNOLT, J.K., WEISZ, V. en LAWSON, C.M., "Advancing the rights of children and adolescents to be altruistic: bone marrow donation by minors", *J.L. & Health* 1994-95, 213-245.
- ROBERTSON, C., "Organ Advertising: Desperate Patients Solicit Volunteers", *J. L. Med. & Ethics* 2005, 170-174.
- ROBERTSON, J.A., "The Dead Donor Rule", *Hastings Center Report* 1999, 6-14.
- ROBERTSON, J.A., "Organ donations by incompetents and the substituted judgment doctrine", *Colum. L. Rev.* 1976, 48-78.
- RODRIGUEZ, S.N., "No means no, but silence means yes? The policy and constitutionality of the recent state proposals for opt-out organ donation laws", *FIU L. Rev.* 2011, 149-186.
- ROFF, S.R., "Self-interest, self-abnegation and self-esteem: towards a new moral economy of non-directed kidney donation", *J. Med. Ethics* 2007, vol. 33, 437-441.
- ROSS, L.F., "All donations should not be treated equally: a response to Jeffrey Kahn's commentary", *J. L. Med. & Ethics* 2002, vol. 30, 448-450.
- ROSS, L.F., "Solid organ donation between strangers", *J. L. Med. & Ethics* 2002, vol. 30, 440-443.
- SANKOORIKAL, T.V., "Using scientific advances to conceive the "perfect" donor: the Pandora's box of creating child donors for the purpose of saving ailing family members", *Seton Hall L. Rev.* 2001-03, 583-616.
- SCHENBERG, B.A., "Harvesting organs from minors and incompetent adults to supply the nation's organ drought: a critical review of the substituted judgment doctrine and the best interest standard", *Ind. Health L. Rev.* 2007, 319-359.
- SELLS, R.A., "What is Transplantation Law and Whom Does It Serve?", *Transpl. Proc.* 2003, vol. 35, 1191-1194.
- SHAH, S.K. en MILLER, F.G., "Can We Handle the Truth? Legal Fictions in the Determination of Death", *Am J.L. & Med.* 2010, 540-585.
- SHARTLE, B., "Proposed legislation for safely regulating the increasing number of living organ and tissue donations by minors", *La. L. Rev.* 2001, 433-471.
- SKEGG, P.D.G., *Law, ethics and medicine: studies in medical law*, Oxford, Clarendon, 1990, 278 p.

- SPELLMAN, D., "Encouragement is not enough: the benefits of instituting a mandated choice organ procurement system", *Syracuse L. Rev.* 2006, 353-381.
- SPIELMAN, B.J., "Acquiring and allocating human organs for transplant" in ILTIS, A.S., JOHNSON, S.H. en HINZE, B.A. (eds.), *Legal perspectives in bioethics*, New York, Routledge, 2008, 143-157.
- STETTER, R., "Kidney Donation from Minors and Incompetents", *La. L. Rev.* 1974-75, 551-561.
- TILDEN, S.J., "Ethical and legal aspects of using an identical twin as a skin transplant donor for a severely burned minor", *Am. J.L. & Med.* 2005, 87-116.
- VEATCH, R.M., "Limits of Guardian Treatment Refusal: A Reasonableness Standard", *Am. J.L. & Med.* 1983-84, 428-468.
- VEATCH, R.M., "Routine inquiry about organ donation – An alternative to presumed consent", *NEJM* 1991, 1246-1249.
- VEATCH, R.M. en PITT, J.B., "The Myth of Presumed Consent: Ethical Problems in New Organ Procurement Strategies", *Transpl. Proc.* 1995, 1888-1892.
- VISCONTI, J.L., "Exchanging a Kidney for Freedom: The Illegality of Conditioning Prison Releases on Organ Donations", *New Eng. J. on Crim. & Civ. Confinement* 2012, vol. 38, 199-217.
- WEIR, R.F., "The Issue of Fairness in the Allocation of Organs", *J. Corp. L.* 1994-95, 91-108.
- WILCOX, S.A., "Presumed consent organ donation in Pennsylvania: one small step for Pennsylvania, one giant leap for organ donation", *Dick. L. Rev.* 2003, 935-951.
- WILLIAMS, C., "Combating the problems of human rights abuses and inadequate organ supply through presumed donative consent", *Case W. Res. J. Int'l L.* 1994, 315-364.
- X., "Organ Donation and Transplantation" in SANBAR, S., FIRESTONE, M. et al. (eds.), *Legal Medicine*, St. Louis, Mosby, 2004 (6^{de} ed.), 271-299.
- X., "Recent developments. Torts – Strict Liability – A Hospital Is Strictly Liable for Transfusions of Hepatitis-Infected Blood – *Cunningham v. MacNeal Memorial Hospital*", *Mich. L. Rev.* 1970-71, 1172-1189.
- YOUNG, H., "The Right to Posthumous Bodily Integrity and Implications of Whose Right It Is", *Marq. Elder's Advisor* 2013, 197-267.
- ZARIF, H., "Distributive Injustice and Organ Transplant Waitlists", *Hastings Sci. & Tech. L.J.* 2015, 75-96.

Overige juridische bronnen

- ALVAREZ, M., "Le modèle espagnol" in THIEL, M.-J. (ed.), *Donner, recevoir un organe: droit, dû, devoir*, Straatsburg, Presses universitaires de Strasbourg, 2009, 43-50.
- AMBAGTSHEER, F. en WEIMAR, W. (eds.), *The EULOD Project. Living Organ Donation in Europe. Results and Recommendations*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2013, 180 p.
- BAGHERI, A., "Individual choice in the definition of death", *J. Med. Ethics* 2007, 146-149.
- BELRHOMARI, N., "Article 21. Interdiction du profit" in GROS ESPIELL, H., MICHAUD, J. en TEBOUL, G. (eds.), *Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine: analyses et commentaires*, Parijs, Economica, 2010, 371-388.
- BLUMBERG-MOKRI, M., "Convention de biomédecine et transplantation d'organes. Brèves considérations sur le protocole additionnel à la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine sur la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine du 24 janvier 2002", *Les petites affiches* 2002, afl. 130, 5-11.
- BOS, M.A., "Organ Transplantation – The European Perspective" in WEIMAR, W., BOS, M.A. en BUSSCHBACH, J.J. (eds.), *Organ Transplantation: Ethical, Legal and Psychosocial Aspects. Towards a Common European Policy*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2008, 17-28.
- BYK, C., "La Convention du Conseil de l'Europe sur le trafic d'organes humains", *J. dr. Intern.* 2015, www.lexisnexis.com, 1-41.
- CAMPOBASSO, C.P., QUARANTA, R. en DELL'ERBA, A., "Living Donor Kidney Transplant: Medicolegal and Insurance Aspects", *Transpl. Proc.* 2005, 2439-2444.
- CAPLAN, A., et al., *Trafficking in organs, tissues and cells and trafficking in human beings for the purpose of the removal of organs*, Joint Council of Europe/United Nations study, 2009, <http://www.coe.int>, 98 p.
- CHIOCCARELLO, A., "La directive « organes »: une harmonisation à poursuivre", *Gaz. Pal.* 2010, 3209-3212.
- DE SCOLA, C., "Le Conseil de l'Europe et les transplantations" in MORRIS, R. et al. (eds.), *Regard éthique: les transplantations*, Straatsburg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2003, 227-233.
- DEFEVER, M., "The policies of organ transplantation in Europe: issues and problems", *Health policy* 1990, 95-103.
- DEPADT-SEBAG, V., "Accès équitable aux soins de santé" in GROS ESPIELL, H., MICHAUD, J. en TEBOUL, G. (eds.), *Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine: analyses et commentaires*, Parijs, Economica, 2010, 72-93.
- DERCKX, V. en ROSCAM ABBING, H., "Patients' Right to Health Protection and Quality and Safety of Blood products", *EJHL* 2005, 153-166.
- EVANS, M., "Organ donations should not be restricted to relatives", *J. Med. Ethics* 1989, vol. 15, 17-20.
- FARRELL, A.-M., "Adding Value? EU Governance of Organ Donation and Transplantation", *EJHL* 2010, 51-79.

- FARRELL, A.-M., "Addressing organ shortage in the European Union: getting the balance right" in FARRELL, A.-M., PRICE, D. en QUIGLEY, M. (eds.), *Organ shortage: ethics, law, and pragmatism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, 227-244.
- FARRELL, A.-M., "The politics of risk and EU governance of human material", *MJECL* 2009, vol. 16, 41-64.
- GARCÍA RADA, A., "Spain is to lead on EU policy on organ donation and transplantation", *BMJ* 2011, 343.
- GARWOOD-GOWERS, A.A.P. en OLSENA, S., "Respect for the Individual: A Human Right in post-mortem use of the Body for Transplantation" in WEIMAR, W., BOS, M.A. en BUSSCHBACH, J.J.V. (eds.), *Organ Transplantation: Ethical, Legal and Psychosocial Aspects. Expanding the European Platform*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2011, 148-154.
- GEVERS, S., JANSSEN, A. en FRIELE, R., "Consent Systems for Post Mortem Organ Donation in Europe", *EJHL* 2004, 175-186.
- GEVERS, S., "A Fair Distribution of Organs for Transplantation Purposes: Looking to the Past and the Future", *EJHL* 2007, 215-219.
- GUTMANN, T. en LAND, W.G., "The European Perspective" in GRUESSNER, R.W.G. en BENEDETTI, E. (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, New York, McGraw-Hill Medical, 2008, 37-42.
- HAASE-KROMWIJK, B., DU PRÉ, F. en COHEN, B., "Organ transplantation and European Community law: the case of non-residents", *J. Health Serv. Res. Policy* 1997, 168-173.
- HENDRIKS, A., "The Role of the Council of Europe and the European Union with Respect to Cross-border Aspects of Organ Transplantation" in WEIMAR, W., BOS, M.A. en BUSSCHBACH, J.J.V. (eds.), *Organ Transplantation: Ethical, Legal and Psychosocial Aspects. Expanding the European Platform*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2011, 32-40.
- HENDRIKS, A., "The Council of Europe and Health and Human Rights" in TOEBES, B., HARTLEV, M. en HENDRIKS, A. (eds.), *Health and human rights in Europe*, Cambridge, Intersentia, 2012, 23-50.
- HERRMANN, J.R., "Use of the Dead Body in Healthcare and Medical Training: Mapping and Balancing the Legal Rights and Values", *EJHL* 2011, 277-291.
- HERVEY, T.K. en MCHALE, J.V., *Health Law and the European Union*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, 469 p.
- JOSSELYN, S.E., *Informed Consent as a Requirement for Post Mortem Organ Donation*, Saarbrücken, VDM Verlag Dr. Müller, 2008, 107 p.
- KAUFFMANN, A.E., "To what Extent should the Concept of "Equity in Organ Allocation" be Defined?" in WEIMAR, W., BOS, M.A. en BUSSCHBACH, J.J. (eds.), *Organ Transplantation: Ethical, Legal and Psychosocial Aspects. Expanding the European Platform*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2011, 171-179.
- LAND, W. en DOSSETOR, J.B. (eds.), *Organ Replacement Therapy: Ethics, Justice and Commerce*, Berlijn/Heidelberg, Springer-Verlag, 1991, 578 p.
- LAVEE, J. en STOLER, A., "Reciprocal Altruism – The Impact of Resurrecting an Old Moral Imperative on the National Organ Donation Rate in Israel", *Law & Contemp. Probs.* 2014, 323-336.
- LÓPEZ-FRAGA, M. *et al.*, "A needed Convention against trafficking in human organs", *The Lancet* 2014, 2187-2189.
- LOPP, L., *Regulations regarding living organ donation in Europe: possibilities of harmonisation*, Heidelberg, Springer, 2013, 331 p.
- MANYALICH, M. *et al.*, "Project: European Living Donation and Public Health", *Transpl. Proc.* 2009, 2021-2024.
- METZ, C. en HOPPE, N., "Organ Transplantation in Germany: Regulating Scandals and Scandalous Regulation", *EJHL* 2013, 113-116.
- NAVARRO-MICHEL, M., "Institutional organisation and transplanting the 'Spanish Model'" in FARRELL, A.-M., PRICE, D. en QUIGLEY, M. (eds.), *Organ shortage: ethics, law, and pragmatism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, 151-170.
- NYS, H., "Legal Protection of the Deceased Organ Donor in Europe" in DEN EXTER, A. (ed.), *Human rights and biomedicine*, Antwerpen, Maklu, 2010, 221-236.
- NYS, H., "Organ Transplantation and the Proposed Directive on Cross Border Care", *EJHL* 2010, vol. 17, 427-431.
- NYS, H., "Removal of Organs in the EU", *European Ethical-Legal Papers N° 4*, Leuven, 2007, 58 p.
- NYS, H., "Organ Transplantation" in GEVERS, J.K.M., HONDIUS, E.H. en HUBBEN, J.H. (eds.), *Health Law, human rights and the Biomedicine Convention: essays in honour of Henriette Roscam Abbing*, Nijhoff, Leiden, 2005, 219-230.
- NYS, H., "The exclusion of Organ Transplantation from the Cross Border Care Directive: Boundary or Opportunity?" in WEIMAR, W., BOS, M.A. en BUSSCHBACH, J.J. (eds.), *Organ Transplantation: Ethical, Legal and Psychosocial Aspects. Expanding the European Platform*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2011, 142-147.
- OSCE Office of the Special Representative and Co-ordinator for Combating Trafficking in Human Beings, *Trafficking in Human Beings for the Purpose of Organ Removal in the OSCE Region: Analysis and Findings*, Occasional Paper Series no. 6 (2013), www.osce.org, 76 p.
- OSCHINSKY, S. en OSCHINSKY, Y., "La convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine: Convention sur les Droits de l'Homme et la Biomédecine (Conseil de l'Europe)", *JT* 1997, 465-471.
- PASCALEV, A., "Expanding Living Organ Donation in Europe and the new EU Member States" in WEIMAR, W., BOS, M.A. en BUSSCHBACH, J.J.V. (eds.), *Organ Transplantation: Ethical, Legal and Psychosocial Aspects. Expanding the European Platform*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2011, 26-31.

- PASCALEV, A. *et al.*, “Expanding Living Organ Donation in Europe: Attitudes, Barriers and Opportunities. Results from a Multi-country Focus Group Study” in AMBAGTSHEER, F. en WEIMAR, W. (eds.), *The EUOD Project. Living Organ Donation in Europe. Results and Recommendations*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2013, 27-52.
- PETRINI, C. en DI CAMILLO, J.A., “Risks for Living Kidney Donors: Comparison with Volunteer Participation in Clinical Trials” in WEIMAR, W., BOS, M.A. en BUSSCHBACH, J.J.V. (eds.), *Organ Transplantation: Ethical, Legal and Psychosocial Aspects. Expanding the European Platform*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2011, 229-234.
- PRICE, D. en AKVELD, H., “Living Donor Organ Transplantation in Europe: Re-evaluating its Role”, *EJHL* 1998, vol. 5, 19-44.
- PRICE, D.P.T., “Legal Systems for Organ Distribution in Europe: Justice in Allocation” in WEIMAR, W., BOS, M.A. en BUSSCHBACH, J.J. (eds.), *Organ Transplantation: Ethical, Legal and Psychosocial Aspects. Towards a Common European Policy*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2008, 163-174.
- PY, B., “La transplantation dans le droit européen” in THIEL, M.-J. (ed.), *Donner, recevoir un organe: droit, dû, devoir*, Straatsburg, Presses universitaires de Strasbourg, 2009, 58-67.
- RADCLIFFE RICHARDS, J., “Transplants and the Problems of Justice to Groups” in WEIMAR, W., BOS, M.A. en BUSSCHBACH, J.J.V. (eds.), *Organ Transplantation: Ethical, Legal and Psychosocial Aspects. Towards a Common European Policy*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2008, 382-391.
- RADCLIFFE RICHARDS, J., “Self-Imposed Boundaries: Institutional Constraints on Organ Procurement” in WEIMAR, W., BOS, M.A. en BUSSCHBACH, J.J.V. (eds.), *Organ Transplantation: Ethical, Legal and Psychosocial Aspects. Expanding the European Platform*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2011, 41-48.
- ROSCAM ABBING, H.D.C., “Human tissue and consumer protection from a European perspective”, *EJHL* 1995, 295-307.
- ROSCAM ABBING, H.D.C., “Organ donation, the legal framework”, *Health Policy* 1990, 105-115.
- ROSCAM ABBING, H.D.C., “Organ Transplantation: Challenges for the EU” in ENGLERT, Y. (ed.), *Organ and Tissue Transplantation in the European Union: Management of Difficulties and Health Risks Linked to Donors*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, 18-23.
- SÁNDOR, J. *et al.*, “Organ Trafficking, Organ Trade. Recommendations for a More Nuanced Legal Policy” in AMBAGTSHEER, F. en WEIMAR, W. (eds.), *The EUOD Project. Living Organ Donation in Europe. Results and Recommendations*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2013, 147-174.
- SAN GIORGI, M., *The Human Right to Equal Access to Health Care*, Cambridge, Intersentia, 2012, 254 p.
- SCHREIBER, H.-L., “Legal Implications of the Principle *Primum Nihil Nocere* As It Applies to Live Donors” in LAND, W. en DOSSETOR, J.B. (eds.), *Organ Replacement Therapy: Ethics, Justice and Commerce*, Berlijn/Heidelberg, Springer-Verlag, 1991, 13-17.
- SELLS, R.A., “Voluntarism of Consent in Both Related and Unrelated Living Organ Donors” in LAND, W. en DOSSETOR, J.B. (eds.), *Organ Replacement Therapy: Ethics, Justice and Commerce*, Berlijn/Heidelberg, Springer-Verlag, 1991, 18-24.
- SELLIN, J.A., *Access to Medicines. The interface between Patents and Human Rights. Does one size fits all?*, Cambridge, Intersentia, 2014, 493 p.
- SHAW, J., “Of Mitochondria and Men: Why Brain Death Is Not the Death of the Human “Organism as a Whole””, *McGill J.L. & Health* 2013-14, 235-312.
- VAN ASSCHE, K. *et al.*, “The Relevance of Directive 2010/53/EU for Living Organ Donation Practice: An ELPAT View”, *Transplantation* 2015, 2215-2222.
- WEIMAR, W., BOS, M.A. en BUSSCHBACH, J.J., “ELPAT, the European Platform on Ethical, Legal and Psychosocial Aspects on Organ Transplantation” in WEIMAR, W., BOS, M.A. en BUSSCHBACH, J.J. (eds.), *Organ Transplantation: Ethical, Legal and Psychosocial Aspects. Towards a Common European Policy*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2008, 15-16.
- X., “General Discussion: Living Organ Donation in Western Countries” in LAND, W. en DOSSETOR, J.B. (eds.), *Organ Replacement Therapy: Ethics, Justice and Commerce*, Berlijn/Heidelberg, Springer-Verlag, 1991, 136-144.
- ZÚÑIGA-FAJURI, A., “Increasing organ donation by presumed consent and allocation priority: Chile”, *Bull. World Health Organ.* 2015, 199-202.

Niet-juridische bronnen

- ABECASSIS, M. *et al.*, “Consensus Statement on the Live Organ Donor”, *JAMA* 2000, vol. 284, 2919-2926.
- ACADEMY OF MEDICAL ROYAL COLLEGES, *A Code of Practice for the Diagnosis and Confirmation of Death*, 2008, www.bts.org.uk, 41 p.
- ADAMS, P.L. *et al.*, “The Nondirected Live-Kidney Donor: Ethical Considerations and Practice Guidelines”, *Transplantation* 2002, vol. 74, 582-589.
- AHN, B.K. *et al.*, “The Role of the Altruistic Unbalanced Chain in Exchange Living Donor Renal Transplantation: Single-Center Experience”, *Transpl. Proc.* 2012, vol. 44, 17-21.
- ALLEN, M.B. *et al.*, “What Are the Harms of Refusing to Allow Living Kidney Donation? An Expanded View of Risks and Benefits”, *Am. J. Transpl.* 2014, vol. 14, 531-537.

- CHANG, A. *et al.*, “Identifying potential kidney donors using social networking web sites”, *Clin. Transplant* 2013, E320-E326.
- ANNEMA, C. *et al.*, “Opinions of Dutch Liver Transplant Recipients on Anonymity of Organ Donation and Direct Contact With the Donors Family”, *Transplantation* 2015, 879-884.
- APPEL, J.M., “Organ Solicitation on the Internet: Every Man for Himself. Commentary”, *Hastings Center Report* 2005, 14-15.
- BEAUCHAMP, T.L. en CHILDRESS, J.F., *Principles of Biomedical Ethics*, New York, Oxford University Press, 2001 (5de ed.), 454 p.
- BEERS, M.H. *et al.*, *Merck Manual. Medisch handboek*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum, 2005 (2^{de} ed.), 1970 p.
- BENEDETTI, E. *et al.*, “Selection and Workup” in GRUESSNER, R.W.G. en BENEDETTI, E. (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, New York, McGraw-Hill Medical, 2008, 685-687.
- BERNAT, J.L., “On Noncongruence between the Concept and Determination of Death”, *Hastings Center Report* 2013, 25-33.
- BERNAT, J.L., “The Boundaries of Organ Donation after Circulatory Death”, *NEJM* 2008, 669-671.
- BERNAT, J.L., “The Whole-Brain Concept of Death Remains Optimum Public Policy”, *J.L. Med. & Ethics* 2006, 35-43.
- BERTHILLIER, C., “Le trafic d’organes en Europe” in MORRIS, P. (ed.), *Regard éthique: Les transplantations*, Straatsburg, Raad van Europa, 2003, 175-182.
- BILLER-ANDORNO, N., “Voluntariness in Living-Related Organ Donation”, *Transplantation* 2011, vol. 92, 617-619.
- BILLER-ANDORNO, N. *et al.*, “Who Shall Be Allowed to Give? Living Organ Donors and the Concept of Autonomy”, *Theoretical Medicine* 2001, vol. 22, 351-368.
- BLANK, R.H., *Rationing Medicine*, New York, Columbia University Press, 1988, 290 p.
- BOECXSTAENS, V. *et al.*, “Resultaten na 60 levende-donorniertransplantaties in UZ Leuven”, *T. Gen.* 2010, vol. 66, 167-172.
- BOLES, J.-M., “Questions éthiques à propos des prélèvements d’organes sur des donneurs à coeur arrêté: une modification profonde du rapport à la mort” in THIEL, M.-J. (ed.), *Donner, recevoir un organe: droit, dû, devoir*, Straatsburg, Presses universitaires de Strasbourg, 2009, 289-311.
- BOLLINGER, R.R. en STICKEL, D.L., “Historical aspects of transplantation” in SABISTON, D.C. (ed.), *Textbook of surgery. The biological basis of modern surgical practice*, Philadelphia, W.B. Saunders Company, 1986, 370-380.
- BONDOLFI, A., “Éthique et greffes d’organes: quelques considérations” in THIEL, M.-J. (ed.), *Donner, recevoir un organe: droit, dû, devoir*, Straatsburg, Presses universitaires de Strasbourg, 2009, 351-365.
- BOYARSKY, B.J. *et al.*, “Potential Limitations of Presumed Consent Legislation”, *Transplantation* 2012, 136-140.
- BRAMSTEDT, K.A. en KATZNELSON, S., “Being Sherlock Holmes: the Internet as a tool for assessing live organ donors”, *Clin. Transplant* 2009, vol. 23, 157-161.
- BRIELS, A.-M., “De transplantatiekoördinator: functie en statuut”, *VI. T. Gez.* 1989, 324-326.
- BRIELS, A.-M., “Vragen op het terrein van de orgaantransplantaties” in APOSTEL, L., DEVROEY, P. en CAMMAER, H. (eds.), *Beschikken over lijf en leven. Ethische vragen rond vrijheid en geborgenheid*, Leuven, Acco, 1987, 27-35.
- BRODIN-SARTORIUS, A. *et al.*, “Ethical Considerations on Face Donation” in WEIMAR, W. BOS, M.A. en BUSSCHBACH, J.J.V. (eds.), *Organ Transplantation: Ethical, Legal and Psychosocial Aspects. Expanding the European Platform*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2011, 299-300.
- BURDICK, J.F. *et al.*, “Preferred Status For Organ Donors. A Report of the OPTN/UNOS Ethics Committee”, 1993, <http://optn.transplant.hrsa.gov>.
- CALNE, R., “Challenges of Organ Transplantation”, *Transpl. Proc.* 2005, vol. 37, 1979-1983.
- CAMERON, A.M. *et al.*, “Social Media and Organ Donor Registration: The Facebook Effect”, *Am. J. Transpl.* 2013, 2059-2065.
- CAMPBELL, M., e.a., “How Young Is Too Young to Be a Living Donor?”, *Am. J. Transpl.* 2013, 1643-1649.
- CAPITAINE, L. *et al.*, “Should Minors Be Considered as Potential Living Liver Donors?”, *Liver Transplantation* 2013, 649-655.
- CAPITAINE, L. *et al.*, “Pediatric priority in kidney allocation: challenging its acceptability”, *Transpl. Int.* 2014, 533-540.
- CAPITAINE, L., *Financial and commodity scarcity in health care. A philosophical analysis of prominent coping mechanisms and solutions in selected settings*, Ugent, Proefschrift, 2014, ??? p.
- CAPRON, A.M., “More Blessed to Give Than to Receive?”, *Transpl. Proc.* 1992, 2185-2187.
- CASCALHO, M. en PLATT, J.L., “The Future of Organ Replacement: Needs, Potential Applications and Obstacles to Application”, *Transpl. Proc.* 2006, vol. 38, 362-364.
- CECKA, J.M., “Long-Term Outcome” in GRUESSNER, R.W.G. en BENEDETTI, E. (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, New York, McGraw-Hill Medical, 2008, 319-326.
- CHAPMAN, J. *et al.*, “The Transmission of Malignancies” in WHO (ed.), *NOTIFY: Exploring Vigilance Notification for Organs, Tissues and Cells*, Bologna, Editrice Compositori, 2011, 79-97.

- CHILDRESS, J.F., "Organ Donation after Circulatory Determination of Death: Lessons and Unresolved Controversies", *J.L. Med. & Ethics* 2008, 766-771.
- CHKHOTUA, A., "Paired Kidney Donation: Outcomes, Limitations, and Future Perspectives", *Transpl. Proc.* 2012, 1790-1792.
- CLARKE, K.S. *et al.*, "The direct and indirect economic costs uncurred by living kidney donors – a systematic review", *Nephrol. Dial. Transplant.* 2006, vol. 21, 1952-1960.
- COLE, D.J., "The reversibility of death", *J. Med. Ethics* 1992, 26-30.
- COLENBIE, L., "Toewijzing van organen" in MONBALIU, D., LORMANS, P. en LEDOUX, D. (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, Leuven, Acco, 2014, 30-36.
- CONNOLLY, J.S. *et al.*, "Kidney Paired Donation – The Next Step", *N. Engl. J. Med.* 2011, vol. 365, 868-869.
- COOSEMANS, W., "Heelkundige aspecten van orgaantransplantatie", *T. Gen.* 1994, nr. 17, 1311-1319.
- CORBETT, C. *et al.*, "Mental Health Disorders and Solid-Organ Transplant Recipients", *Transplantation* 2013, 593-600.
- COSTAS-LOMBARDÍA, E. en FERRERES CASTIEL, J., "The easy succes of the Spanish Model for Organ Transplantation", *Artificial Organs* 2011, 835-837.
- CRONIN, A., "Making the margins mainstream: strategies to maximise the donor pool" in FARRELL, A.-M., PRICE, D. en QUIGLEY, M. (eds.), *Organ shortage: ethics, law, and pragmatism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, 104-121.
- DAAR, A.S., "Strangers, intimates, and altruism in organ donation", *Transplantation* 2002, vol. 74, nr. 3, 424-426.
- DANION-GRILLIAT, A., "Un don est-il possible sans pression?" in THIEL, M.-J. (ed.), *Donner, recevoir un organe: droit, dû, devoir*, Straatsburg, Presses universitaires de Strasbourg, 2009, 101-113.
- DAY, B., "The Persistent Vegetative State (Prolonged Postcoma Unresponsiveness) and Posthypoxic Brain Injury" in SCHAPIRA, A.H.V. (ed.), *Neurology and Clinical Neuroscience*, Philadelphia, Mosby, 2007, 117-128.
- DE CASTRO, L.D., "Human organs from prisoners: kidneys for life", *J. Med. Ethics* 2003, vol. 29, 171-175.
- DE CUYPER, B. *et al.*, "Levertransplantatie voor alcoholisch leverlijden: gelijke kansen voor de alcoholicus?", *T. Gen.* 2013, 69-75.
- DE KEGEL, D., DESMET, S. en LORMANS, P., "Zorgzaam omgaan met orgaandonatie" in ANCKAERT, L. en MARCELIS, L. (eds.), *Medische zorg en ethiek. Ethisch overleg en advies in het ziekenhuis*, Tielt, Lannoo Campus, 2011, 151-162.
- DEKKERS, W.J.M., "Orgaantransplantaties in wijsgerig-ethisch perspectief" in KIRKELS, V.G.H.J. (ed.), *Transplantatie en mensbeeld*, Baarn, Ambo, 1992, 68-88.
- DE KLERK, M. *et al.*, "Gepaarde donorrui; nieuw landelijk programma voor nierdonatie bij leven", *Ned. T. Gen.* 2004, 420-423.
- DE KLERK, M. *et al.*, "The Dutch National Living Donor Kidney Exchange Program", *Am. J. Transpl.* 2005, vol. 5, 2302-2305.
- DE KLERK, M. *et al.*, "Justification for Anonymity in a Kidney Exchange Program" in WEIMAR, W., BOS, M.A. en BUSSCHBACH, J.J. (eds.), *Organ Transplantation: Ethical, Legal and Psychosocial Aspects. Towards a Common European Policy*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2008, 236-240.
- DEES, R.H., "Transparent Vessels?: What Organ Donors Should Be Allowed to Know about Their Recipients", *J. L. Med. & Ethics* 2013, 323-332.
- DELANY, L., "Protecting children from forced altruism: the legal approach", *BMJ* 1996, 240.
- DE MEESTER, J., "Wachten op een niertransplantatie – Deel 1", *Orpadt forum*, jaargang 3, 1-6.
- DE MEESTER, J., "Wachten op een niertransplantatie – Deel 2", *Orpadt forum*, jaargang 3, 1-8.
- DE MEESTER, J., "Wachten op een niertransplantatie – Deel 3", *Orpadt forum*, jaargang 3, 1-8.
- DELMONICO, F.L., "A Report of the Amsterdam Forum On the Care of the Live Kidney Donor: Data and Medical Guidelines", *Transplantation* 2005, vol. 79, s53-s66.
- DELMONICO, F.L., "Organ procurement" in MORRIS, P.J. en WOOD, W.C. (eds.), *Oxford Textbook of Surgery. Vol. 1*, Oxford, Oxford Univeristy Press, 2000 (2^{de} ed.), 625-643.
- DEN HARTOGH, G., "When are Living Donations Voluntary enough?" in WEIMAR, W., BOS, M.A. en BUSSCHBACH, J.J. (eds.), *Organ Transplantation: Ethical, Legal and Psychosocial Aspects. Towards a Common European Policy*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2008, 221-231.
- DEN HARTOGH, G., "Priority to registered donors on the waiting list for postmortal organs? A critical look at the objections", *J. Med. Ethics* 2011, 149-152.
- DESMET, S. en DELBOUILLE, M., "Begeleiding van de familie van een potentiële orgaandonor" in MONBALIU, D., LORMANS, P. en LEDOUX, D. (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, Leuven, Acco, 2014, 128-133.
- DESSCHANS, B. *et al.*, "Evolution in Allocation Rules for Renaln Hepatic, Pancreatic and Intestinal Grafts", *Acta Chir. Belg.* 2008, 31-34.
- DETRY, O. *et al.*, "Categories of Donation After Cardiocirculatory Death", *Transpl. Proc.* 2012, 1189-1195.

- DETRY, O. *et al.*, “Liver Transplant Donation After Cardiac Death: Experience at the University of Liege”, *Transpl. Proc.* 2009, 582-584.
- DETRY, O. en TROISI, R., “Organ Donation in Belgium 2009: 20% of Donation after Cardiocirculatory Death”, *Transpl. Proc.* 2010, 4365-4366.
- DETRY, O. *et al.*, “Liver transplantation from donation after cardiac death donors: initial Belgian experience 2003-2007”, *Transpl. Int.* 2010, 611-618.
- DETRY, O. *et al.*, “Organ donation after physician-assisted death”, *Transpl. Int.* 2008, 915.
- DEVETTERE, R.J., *Practical decision making in health care ethics*, Washington, Georgetown University Press, 2000, 629 p.
- DE WISPELAERE, J. en UVIJN, K., “Welk recht op gezondheid? Over moeilijke keuzen in de gezondheidszorg” in DEBEUCKELAERE, W. *et al.* (eds.), *Ontmoetingen met Koen Raes*, Brugge, die Keure, 2012, 169-178.
- DHAESE, B., “Situering van orgaantransplantaties in 1989”, *Vl. T. Gez.* 1989, 323-324.
- DIJKER, A.J.M. en STIJNEN, M.M.N., “Orgaandonatie: altruïsme, coöperatie of beide?”, *Ned. T. Gen.* 2009, 592-594.
- DOBBELS, F., VANHAECKE, J. en DE GEEST, S., “Impact van psychosociale en gedragsfactoren op outcome na orgaantransplantatie: evidentie voor pretransplant screening”, *A. Hosp.* 2005, 47-56.
- DOBBELS, F. *et al.*, “Should the law on anonymity of organ donation be changed? The perception of liver transplant recipients”, *Clin. Transplant* 2009, 375-381.
- DOIG, C.J. en ZYGUN, D.A., “(Uncontrolled) Donation after Cardiac Determination of Death: A Note of Caution”, *J.L. Med. & Ethics* 2008, 760-765.
- DOOPER, Ph.M.M. en HOITSMA, A.J., “Donatie bij leven” in VAN WEZEL, H.B.M., SLOOFF, M. en VAN GOOR, H. (eds.), *Orgaandonatie. Organisatorische, juridische, ethische en medisch-technische aspecten van orgaan- en weefseldonatie*, Houten, Bohn Stafleu Van Loghum, 1998, 195-201.
- DOR, F.J.M.F. *et al.*, “New Classification of ELPAT for Living Organ Donation”, *Transplantation* 2011, vol. 91, 935-938.
- DOSSETOR, J.B., “Principles Used in Organ Allocation” in LAND, W. en DOSSETOR, J.B. (eds.), *Organ Replacement Therapy: Ethics, Justice and Commerce*, Berlin/Heidelberg, Springer-Verlag, 1991, 393-398.
- DUERINCKX, N. *et al.*, “Predonation psychosocial evaluation of living kidney and liver donor candidates: a systematic literature review”, *Transpl. Int.* 2014, vol. 27, 2-18.
- DYER, P. en MCGUINNESS, S., “The allocation of organs: the need for fairness and transparency” in FARRELL, A.-M., PRICE, D. en QUIGLEY, M. (eds.), *Organ shortage: ethics, law, and pragmatism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, 122-135.
- ELDING, C. en SCHOLE, J., “Organ and tissue donation: a trustwide perspective or critical care concern?”, *Nursing in Critical Care* 2005, vol. 10, nr. 3, 129-135.
- EMSON, H.E., “It is immoral to require consent for cadaver organ donation”, *J. Med. Ethics* 2003, 125-127.
- ERICZON, B.-G., “Domino Transplantation Using Livers from Patients with Familial Amyloidotic Polyneuropathy: Should We Halt?”, *Liver Transplantation* 2007, vol. 13, 185-187.
- ERIM, Y. *et al.*, “Influence of Kinship on Donor’s Mental Burden in Living Donor Liver Transplantation”, *Liver Transplantation* 2012, vol. 18, 901-906.
- ERIM, Y. *et al.*, “Sense of coherence and social support predict living liver donors’ emotional stress prior to living-donor liver transplantation”, *Clin. Transplant* 2008, vol. 22, 273-280.
- EVARD, P., “Belgian Modified Classification of Maastricht for Donors After Circulatory Death”, *Transpl. Proc.* 2014, 3138-3142.
- FALLAHZADEH, M.K. *et al.*, “Comparison of Health Status and Quality of Life of Related Versus Paid Unrelated Living Kidney Donors”, *Am. J. Transpl.* 2013, vol. 13, 3210-3214.
- FELLNER, C.H. en MARSHALL, J.R., “Kidney Donors – The Myth of Informed Consent”, *Am. J. Psychiat.* 1970, vol. 126, 1245-1251.
- FORTIN, M.-C. en WILLIAMS-JONES, B., “Should we perform kidney transplants on foreign nationals?”, *J. Med. Ethics* 2013, 821-826.
- FOX, M.D., “Organ Solicitation on the Internet: Every Man for Himself. Commentary”, *Hastings Center Report* 2005, 15.
- FREEMAN, M. en JAOUDE, P.A., “Justifying surgery’s last taboo: the ethics of face transplants”, *J. Med. Ethics* 2007, vol. 33, 76-81.
- FRIEDMAN, A.L. *et al.*, “Patient Access to Transplantation With an Internet-Identified Live Kidney Donor: A Survey of U.S. Centers”, *Transplantation* 2008, vol. 85, 794-798.
- FRIEDMAN, A.L. en FRIEDMAN, E.A., “Illegal Aliens Are Not Entitled to Federally Funded Organ Transplants”, *Transplantation* 2007, 21-23.
- FRIELE, R.D. en KERSSENS, J.J., *Actieve donorregistratie? Een onderzoek naar de mogelijke reacties op de introductie van een actieve donorregistratie*, Utrecht, NIVEL, 2004, 39 p.
- FRIELE, R.D. en DE JONG, J.D., *Actieve donorregistratie? Een herhalingsonderzoek naar de mogelijke reactie op de introductie van het actief donorregistratiesysteem*, Utrecht, NIVEL, 2007, 48 p.

- FRIELE, R.D. *et al.*, *Derde evaluatie Wet op de orgaandonatie*, Den Haag, ZonMw, 2006, 209 p.
- FRUNZA, M. *et al.*, "To share or not to share your donor status on Facebook: public benefits, private risks" in RANDHAWA, G. en SCHICKTANZ, S. (eds.), *Public Engagement in Organ Donation and Transplantation*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2013, 27-34.
- FRY-REVERE, S., REHER, T. en RAY, M., "Death: A New Legal Perspective", *J. Contemp. Health L. & Pol'y* 2010-11, 1-75.
- FUJITA, M. *et al.*, "A Model of Donors' Decision-making in Adult-to-Adult Living Donor Liver Transplantation in Japan: Having no Choice", *Liver Transplantation* 2006, vol. 12, 768-774.
- GANDER, B. *et al.*, "Composite tissue allotransplantation of the hand and face: a new frontier in transplant and reconstructive surgery", *Transplant Int.* 2006, vol. 19, 868-880.
- GARCIA, G.G., HARDEN, P. en CHAPMAN, J., "The global role of kidney transplantation", *Curr. Opin. Organ Transplant* 2012, vol. 17, 362-367.
- GARDINER, D. *et al.*, "International perspective on the diagnosis of death", *BJA* 2012, i14-i28.
- GARONZIK-WANG, J.M. *et al.*, "Live Donor Champion: Finding Live Kidney Donors by Separating the Advocate From the Patient", *Transplantation* 2012, vol. 93, nr. 11, 1147-1150.
- GARRITY, E.R. en MEHRA, M.R., "An update on clinical outcomes in heart and lung transplantation", *Transplantation* 2004, vol. 77, S68-S74.
- GAUM, L. *et al.*, "Tissue and corneal donation and transplantation in the UK", *British Journal of Anaesthesia* 2012, vol. 108, i43-i47.
- GENTRY, S.E. *et al.*, "Expanding Kidney Paired Donation Through Participation by Compatible Pairs", *Am. J. Transpl.* 2007, 2361-2370.
- GHODS, A.J., "Incentives in non-Western countries: the Iranian model" in GRUESSNER, R.W.G. en BENEDETTI, E. (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, New York, McGraw-Hill Medical, 2008, 75-80.
- GILLON, R., "On giving preference to prior volunteers when allocating organs for transplantation", *J. Med. Ethics* 1995, 195-196.
- GLANNON, W. en ROSS, L.F., "Do Genetic Relationships Create Moral Obligations in Organ Transplantation?", *Camb. Q. Healthc. Ethics* 2002, vol. 11, 153-159.
- GLANNON, W., "The Moral Insignificance of Death in Organ Donation", *Camb. Q. Healthc. Ethics* 2013, 192-202.
- GLANNON, W., "Do the sick have a right to cadaveric organs?", *J. Med. Ethics* 2003, 153-156.
- GLAZIER, A.K., DANOVIATCH, G.M. en DELMONICO, F.L., "Organ Transplantation for Nonresidents of the United States: A Policy for Transparency", *Am. J. Transpl.* 2014, 1740-1743.
- GLORIE, K. *et al.*, "Allocation and matching in kidney exchange programs", *Transpl. Int.* 2014, 333-343.
- GOEGEBUER, A. *et al.*, "Levertransplantatie via levende donatie bij volwassenen: een literatuuroverzicht", *T. Gen.* 2006, vol. 62, 368-374.
- GOLDBERG, A.M., SIMMERLING, M. en FRADER, J.E., "Why Nondocumented Residents Should Have Access to Kidney Transplantation: Arguments for Lifting the Federal Ban on Reimbursement", *Transplantation* 2007, 17-20.
- GOODNOUGH, L.T. en SHUCK, J.M., "Risks, Options, and Informed Consent for Blood Transfusion in Elective Surgery", *The American Journal of Surgery* 1990, vol. 159, 602-609.
- GORDON, E.J., "Informed Consent and Decision-Making About Adult-to-Adult Living Donor Liver Transplantation: A Systematic Review of Empirical Research", *Transpl.* 2011, vol. 92, 1285-1296.
- GORDON, E.J., "Informed Consent for Living Donation: A Review of Key Empirical Studies, Ethical Challenges and Future Research", *Am. J. Transpl.* 2012, vol. 12, 2273-2280.
- GORDON, E.J. *et al.*, "Are informed consent forms for organ transplantation and donation too difficult to read?", *Clin. Transplant* 2012, vol. 26, 275-283.
- GORDON, E.J. *et al.*, "Standardized Information for Living Liver Donors", *Liver Transplantation* 2012, vol. 18, 1261-1262.
- GORLEER, K., COLLE, I. en VAN VLIERBERGHE, H., "Levertransplantatie voor alcoholisch leverlijden: een lagere prioriteit?", *T. Gen.* 2008, 691-694.
- GREENWALD, M.A., KUEHNERT, M.J. en FISHMAN, J.A., "Infectious Disease Transmission during Organ and Tissue Transplantation", *Emerg. Infect. Dis.* 2012, vol. 18(8), e1.
- GREEP, J.M. en BRUMMELKAMP, W.H., "De geschiedenis van orgaantransplantatie" in GREEP, J.M. (ed.), *Orgaantransplantatie*, Leiden, Stafleu, 1970, 17-38.
- GREEP, J.M., "Medisch-ethische aspecten bij transplantatie" in GREEP, J.M. (ed.), *Orgaantransplantatie*, Leiden, Stafleu, 1970, 352-360.
- GRUESSNER, R.W.G., "Morbidity, Mortality, and Long-term Outcome" in GRUESSNER, R.W.G. en BENEDETTI, E. (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, New York, McGraw-Hill Medical, 2008, 398-400.
- GUBERNATIS, G. en KLIEMT, H., "A Superior Approach to Organ Allocation and Donation", *Transplantation* 2000, 699-702.

- HANSSON, S.O., "Implant ethics", *J. Med. Ethics* 2005, vol. 31, 519-525.
- HANTO, D.W., "Ethical Challenges Posed by the Solicitation of Deceased and Living Organ Donors", *N. Eng. J. Med.* 2007, 1062-1066.
- HARRIS, J., "Organ procurement: dead interests, living needs", *J. Med. Ethics* 2003, 130-134.
- HAUTZ, T. *et al.*, "How Reconstructive Transplantation Is Different From Organ Transplantation – and How It Is Not", *Transpl. Proc.* 2011, vol. 43, 3504-3511.
- HELBERT, M., "Levende donor niertransplantatie in België anno 2012", *Orpadi forum* 2012, jaargang 12, nr. 1, 10-17.
- HENDERSON, A.J.Z. *et al.*, "The Living Anonymous Kidney Donor: Lunatic or Saint?", *Am. J. Transpl.* 2003, vol. 3, 203-213.
- HERSHENOV, D.B. en DELANEY, J.J., "Mandatory Autopsies and Organ Conscription", *Kennedy Institute of Ethics Journal* 2009, vol. 19, nr. 4, 367-391.
- HIJDRA, A., "Bewustzijn" in HIJDRA, A., KOUDSTAAL, P.J. en ROOS, R.A.C. (eds.), *Neurologie*, Maarssen, Elsevier gezondheidszorg, 2003, 97-104.
- HILHORST, M. *et al.*, "Can we turn down autonomous wishes to donate anonymously?", *Transpl. Int.* 2011, vol. 24, 1164-1169.
- HILHORST, M.T., " "Living apart together": moral frictions between two coexisting organ transplantation schemes", *J. Med. Ethics* 2008, 484-488.
- HIPPEN, B.E. en TAYLOR, J.S., "In Defense of Transplantation: A Reply to Nancy Scheper-Hughes", *Am. J. Transpl.* 2007, vol. 7, 1695-1697.
- HOFFENBERG, R. *et al.*, "Should organs from patients in permanent vegetative state be used for transplantation?", *The Lancet* 1997, 1320-1321.
- HOFFER, C., *Levenschouwing en orgaandonatie. Een vergelijking van joodse, christelijke, islamitische en humanistische opvattingen*, Amsterdam, Dutch University Press, 2002, 83 p.
- HOITSMA, A.J., "Hoger op de wachtlijst voor nier na eerdere donatie: een kwestie van geven en nemen", *Ned. T. Gen.* 2011, 954-955.
- HOUSSIN, D., "Perspective historique et éthique" in MORRIS, P. (ed.), *Regard éthique: Les transplantations*, Straatsburg, Raad van Europa, 2003, 21-42.
- HOYER, J., "Is the Non-directed Donation the Ideal Living Organ Donation?" in WEIMAR, W., BOS, M.A. en BUSSCHBACH, J.J. (eds.), *Organ Transplantation: Ethical, Legal and Psychosocial Aspects. Towards a Common European Policy*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2008, 232-235.
- HUMAR, A. *et al.*, "Selection and Workup" in GRUESSNER, R.W.G. en BENEDETTI, E. (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, New York, McGraw-Hill Medical, 2008, 468-475.
- HYDE, R., "German doctors call for reform after organ scandal", *The Lancet* 2012, 1135.
- IJZERMANS, J.N.M., "Levertransplantatie" in GOOSZEN, H.G., ARONSON, D.C., BLANKENSTEIJN, J.D. *et al.* (eds.), *Leerboek chirurgie*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum, 2006, 419-427.
- INSERM, *Transplantation d'organes – Quelles voies de recherche?*, Parijs, Les éditions Inserm, 2009, 471 p.
- ISON, M.G. en NALESNIK, M.A., "An update on Donor-Derived Disease Transmission in Organ Transplantation", *Am. J. Transpl.* 2011, vol. 11, 1123-1130.
- ISON, M.G. *et al.*, "The Transmission of Infections" in WHO (ed.), *NOTIFY: Exploring Vigilance Notification for Organs, Tissues and Cells*, Bologna, Editrice Compositori, 2011, 59-78.
- ISON, M.G. *et al.*, "Transmission of Human Immunodeficiency Virus and Hepatitis C Virus From an Organ Donor to Four Transplant Recipients", *Am. J. Transpl.* 2011, vol. 11, 1218-1225.
- JANSEN, L.A., "Child organ donation, family autonomy and intimate attachments", *Camb. Q. Healthc. Ethics* 2004, 133-142.
- JANSSEN VAN DOORN, K., "Orgaandonatie: een deugd of een plicht?", *T. Gen.* 2006, nr. 20, 1434-1439.
- JARVIS, R., "Join the club: a modest proposal to increase availability of donor organs", *J. Med. Ethics* 1995, 199-204.
- JOCHEMS, A.A.F. en JOOSTEN, F.W.M.G., *Coelho Zakwoordenboek der Geneeskunde*, Doetinchem, Elsevier, 2009, 1002 p.
- JOCHMANS, I. *et al.*, "Kidney donation after circulatory death in a country with a high number of brain dead donors: 10-year experience in Belgium", *Transpl. Int.* 2012, 857-866.
- JORIS, J. *et al.*, "End of Life Care in the Operating Room for Non-Heart-Beating Donors: Organization at the University Hospital of Liège", *Transpl. Proc.* 2011, 3441-3444.
- JOWSEY, S.G. en SCHNEEKLOTH, T.D., "Psychosocial factors in living organ donation: clinical and ethical challenges", *Transplantation Reviews* 2008, vol. 22, 192-195.
- KAHN, J. en MATAS, A.J., "What's special about the ethics of living donors? Reply to Ross et al.", *Transplantation* 2002, vol. 74, 421-422.
- KAPLAN, B. en WILLIAMS, R., "Organ Donation: The Gift, the Weight and the Tyranny of Good Acts", *Am. J. Transpl.* 2007, vol. 7, 497-498.

- KASHMER, D.M. *et al.*, “Donor Advocacy” in GRUESSNER, R.W.G. en BENEDETTI, E. (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, New York, McGraw-Hill Medical, 2008, 54-56.
- KLEINIG, J., “Organ Transplants: The Just and Human Expectations of Nonresidents”, *Transpl. Proc.* 1989, 3430-3431.
- KOFFRON, A.J. en ABECASSIS, M., “Institutional Needs for Living Donor: Liver Transplantation” in GRUESSNER, R.W.G. en BENEDETTI, E. (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, New York, McGraw-Hill Medical, 2008, 448-452.
- KOOTSTRA, G., DAEMEN, J.H.C. en OOMEN, A.P.A., “Categories of Non-Heart-Beating Donors”, *Transpl. Proc.* 1995, 2893-2894.
- KOOTSTRA, G., “Statement on Non-Heart-Beating Donor Programs”, *Transpl. Proc.* 1995, 2965.
- KOOTSTRA, G., “Expanding the Donor Pool: The Challenge of Non-Heart-Beating Donor Kidneys”, *Transpl. Proc.* 1997, 3620.
- KOMPANJE, E., “Organ Donation from Brain-dead Donors: A Dead-end Street” in DEN EXTER, A. (ed.), *Human rights and biomedicine*, Antwerpen, Maklu, 2010, 237-253.
- KONING BOUDEWIJN STICHTING, *Justice and solidarity in priority setting in healthcare*, 2013, www.kbs-frb.be, 171 p.
- KRANENBURG, L.W. *et al.*, “Psychological Barriers for Living Kidney Donation: How to Inform the Potential Donors?”, *Transpl.* 2007, vol. 84, nr. 8, 965-971.
- KRANENBURG, L.W. *et al.*, “Starting a Crossover Kidney Transplantation Program in The Netherlands: Ethical and Psychological Considerations”, *Transplantation* 2004, vol. 78, nr. 2, 194-197.
- LAND, W. en SCHULZ, C., “Organ donation: The role of hospitals”, *Health Policy* 1990, 127-131.
- LAWLOR, M. en KERRIDGE, I., “Anything but the Eyes: Culture, Identity, and the Selective Refusal of Corneal Donation”, *Transplantation* 2011, 1188-1190.
- LEDINH, H. *et al.*, “Contribution of Donors After Cardiac Death to the Deceased Donor Pool: 2002 to 2009 University of Liege Experience”, *Transpl. Proc.* 2010, 4369-4372.
- LEDOUX, D., “Definitie en diagnose van hersendood” in MONBALIU, D., LORMANS, P. en LEDOUX, D. (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, Leuven, Acco, 2014, 52-66.
- LENNERLING, A. en NYBERG, G., “Written information for potential kidney donors”, *Transpl. Int.* 2004, vol. 17, 449-452.
- LENNERLING, A., “Psychological Aspects” in GRUESSNER, R.W.G. en BENEDETTI, E. (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, New York, McGraw-Hill Medical, 2008, 212-216.
- LENNERLING, A. *et al.*, “Living organ donation practices in Europe – results from an online survey”, *Transplant Int.* 2013, vol. 26, 145-153.
- LEVITT, M., “Educating the public to encourage organ donation?” in FARRELL, A.-M., PRICE, D. en QUIGLEY, M. (eds.), *Organ shortage: ethics, law, and pragmatism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, 52-66.
- LORMANS, P. *et al.*, “Orgaandonatie in de praktijk” in MONBALIU, D., LORMANS, P. en LEDOUX, D. (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, Leuven, Acco, 2014, 96-116.
- MACHADO, C. *et al.*, “The concept of brain death did not evolve to benefit organ transplants”, *J. Med. Ethics* 2007, 197-200.
- MAHONEY, J., “Ethical aspects of donor consent in transplantation”, *J. Med. Ethics* 1975, 67-70.
- MAIORANO, A. en SCHENA, F.P., “The dynamics of kidney donation: Viewpoints from the donor, the recipients, and the transplant team”, *Kidney international* 2008, vol. 73, 1108-1110.
- MALAISE, J. *et al.*, “Non-Heart-Beating Donor, 10-Year Experience in a Belgian Transplant Center”, *Transpl. Proc.* 2007, 2578-2579.
- MAMODE, N. *et al.*, “Anonymity and Live-Donor Transplantation: An ELPAT View”, *Transplantation* 2013, 536-541.
- MANARA, A.R., MURPHY, P.G. en O’CALLAGHAN, G., “Donation after circulatory death”, *BJA* 2012, i108-i121.
- MARGREITER, R., “Should Urgent Medical Need Be Used as an Allocation Factor for Liver Allografts?” in LAND, W. en DOSSETOR, J.B. (eds.), *Organ Replacement Therapy: Ethics, Justice and Commerce*, Berlijn/Heidelberg, Springer-Verlag, 1991, 440-444.
- MARQUIS, D., “Are DCD Donors Dead?”, *Hastings Center Report* 2010, 24-31.
- MARTENS, T. en VANDEWOUDE, K., “Ethische aspecten van levende orgaandonatie”, *T. Gen.* 2009, afl. 65, nr. 8, 350-352.
- MARTINI, F.H. en BARTHOLOMEW, E.F., *Anatomie en fysiologie. Een inleiding*, Amsterdam, Pearson, 2011 (4^{de} ed.), 794 p.
- MASSEY, E.K. *et al.*, “Altruistic Donation to Strangers: Donor Motivation and Interpersonal Values” in WEIMAR, W., BOS, M.A. en BUSSCHBACH, J.J.V. (eds.), *Organ Transplantation: Ethical, Legal and Psychosocial Aspects. Expanding the European Platform*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2011, 370-377.
- MASSEY, E.K., DOBBELS, F. en DEW, M.A., “Issues in Adherence to Lifestyle and Medication Regimen after Solid Organ Transplantation” in W. WEIMAR, M.A. BOS en J.J. BUSSCHBACH (eds.), *Organ Transplantation: Ethical, Legal and Psychosocial Aspects. Expanding the European Platform*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2011, 355-362.
- MATAS, A.J., “Nondirected and Controversial Donors” in GRUESSNER, R.W.G. en BENEDETTI, E. (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, New York, McGraw-Hill Medical, 2008, 57-63.

- MATAS, A.J., "A Regulated System of Incentives for Living Donation: Let's Move on to the Next Phase" in WEIMAR, W., BOS, M.A. en BUSSCHBACH, J.J.V. (eds.), *Organ Transplantation: Ethical, Legal and Psychosocial Aspects. Expanding the European Platform*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2011, 81-89.
- MATESANZ, R., "The Council of Europe and Organ Transplantation", *Transpl. Proc.* 1997, vol. 29, 3205-3207.
- MATESANZ, R. *et al.*, "Spanish experience as a leading country: what kind of measures were taken?", *Transpl. Int.* 2011, 333-343.
- MATESANZ, R., MIRANDA, B. en FELIPE, C., "Organ Procurement in Spain: the Impact of Transplant Coordination" in ENGLERT, Y. (ed.), *Organ and Tissue Transplantation in the European Union: Management of Difficulties and Health Risks Linked to Donors*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, 103-116.
- McCUNE, T.R., "Social Issues" in R.W.G. GRUESSNER en E. BENEDETTI (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, New York, McGraw-Hill Medical, 2008, 64-69.
- MCKEOWN, D.W., BONSER, R.S. en KELLUM, J.A., "Management of the heartbeating brain-dead organ donor", *BJA* 2012, i96-i107.
- MCMMASTER, P. en MIRZA, D., "Precautions to Prevent Transmission of Infectious Agents in Organ Grafting" in ENGLERT, Y. (ed.), *Organ and Tissue Transplantation in the European Union: Management of Difficulties and Health Risks Linked to Donors*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, 27-31.
- MELCHER, M.L. *et al.*, "Dynamic Challenges Inhibiting Optimal Adoption of Kidney Paired Donation: Findings of a Consensus Conference", *Am. J. Transpl.* 2013, vol. 13, 851-860.
- MELLOUL, E. *et al.*, "Donor Information for Living Donor Liver Transplantation: Where Can Comprehensive Information Be Found?", *Liver Transplantation* 2012, vol. 18, 892-900.
- MERRILL, J.P., "Statement of the Committee on Morals and Ethics of the Transplantation Society", *Ann. Internal Med.* 1971, vol. 75, 631-633.
- MICHIELSEN, P., "Criteria for selecting organ donors and recipients", *Health Policy* 1990, 117-122.
- MICHIELSEN, P., "Presumed consent to organ donation: 10 years' experience in Belgium", *J. R. Soc. Med.* 1996, vol. 89, 663-666.
- MICHIELSEN, P., "Unlimited Admission of Patients to the Waiting List for Transplantation" in LAND, W. en DOSSETOR, J.B. (eds.), *Organ Replacement Therapy: Ethics, Justice and Commerce*, Berlijn/Heidelberg, Springer-Verlag, 1991, 364-367.
- MIDOLO, E. *et al.*, "The Legislation on Living Organ Donation in Western Europe: Legal and Ethical Analysis and Impact on Clinical Practice", *Transpl. Proc.* 2013, vol. 45, 2576-2579.
- MILLER, F.G. en TRUOG, R.D., "Rethinking the Ethics of Vital Organ Donations", *Hastings Center Report* 2008, 38-46.
- MIRANDA, B., "Organ donation in Spain", *Nephrol. Dial. Transplant* 1999, 15-21.
- MONBALIU, D. en DIRIX, S., "Orgaantransplantatie in België" in MONBALIU, D., LORMANS, P. en LEDOUX, D. (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, Leuven, Acco, 2014, 20-27.
- MONBALIU, D. *et al.*, "Liver Transplantation Using Non-Heart-Beating Donors: Belgian Experience", *Transpl. Proc.* 2007, 1481-1484.
- MONBALIU, D. *et al.*, "Liver Transplantation from Non-Heart-Beating Donors: Current Status and Future Prospects in an Experimental Model", *Acta Chir. Belg.* 2008, 45-51.
- MONTGOMERY, R.A. *et al.*, "Domino paired kidney donation: a strategy to make best use of live non-directed donation", *Lancet* 2006, vol. 368, 419-421.
- MOORE, F.D., "The History of Transplantation – A Lesson for Our Time" in CERILLI, G.J. (ed.), *Organ Transplantation and Replacement*, Philadelphia, Lippincott, 1988, 3-15.
- MORRISSEY, P.E. en MONACO, A.P., "Donation After Circulatory Death: Current Practices, Ongoing Challenges, and Potential Improvements", *Transplantation* 2014, 258-264.
- MOSKOP, J.C., "Ability to Pay and Acces to Transplantation" in LAND, W. en DOSSETOR, J.B. (eds.), *Organ Replacement Therapy: Ethics, Justice and Commerce*, Berlijn/Heidelberg, Springer-Verlag, 1991, 433-436.
- MUNSON, R., "Organ Transplantation" in STEINBOCK, B. (ed.), *The Oxford handbook of bioethics*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 211-239.
- NEIDICH, E.M. *et al.*, "The Ethical Complexities of Online Organ Solicitation via Donor-Patient Websites: Avoiding the "Beauty Contest"", *Am. J. Transpl.* 2012, vol. 12, 43-46.
- NEUBERGER, J. en MAYER, D., "Conditional Organ Donation – Case Scenarios and Questions", *Transplantation* 2008, 1527-1529.
- NEUBERGER, J., "Conditional Organ Donation – The Views of the Patients and Health Care Professionals", *Transplantation* 2008, 1532-1538.
- NOSSENT, G.D. *et al.*, "Actieve donorbehandeling nodig voor meer orgaantransplantaties", *Ned. T. Gen.* 2009, 623-627.
- OLBRISCH, M.E. *et al.*, "Children as living organ donors: current views and practice in the United States", *Current Opinion in Organ Transplantation* 2010, 241-244.

- OTTE, J.-B., "De lange weg naar orgaanafname" in VAN ORSHOVEN, A. en EGBERT, Y. (eds.), *"Levenstestament" en andere voorafgaande wilsverklaringen*, Antwerpen, Garant, 2003, 167-170.
- PALLIS, C., "Whole-brain death reconsidered – physiological facts and philosophy", *J. Med. Ethics* 1983, 32-37.
- PAREKH, A.M. *et al.*, "Living kidney donor informed consent practices vary between US and non-US centers", *Nephrol. Dial. Transplant* 2008, vol. 23, 3316-3324.
- PARK, K. en LEE, J.H., "Living Donor Exchange" in GRUESSNER, R.W.G. en BENEDETTI, E. (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, New York, McGraw-Hill Medical, 2008, 336-340.
- PARTRIDGE, J., "Initiating a European Platform on Organ Transplantation. Face Transplantation: Hearing the Patients' Voice" in WEIMAR, W., BOS, M.A. en BUSSCHBACH, J.J. (eds.), *Organ Transplantation: Ethical, Legal and Psychosocial Aspects. Towards a Common European Policy*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2008, 533-540.
- PASCALEV, A. *et al.*, "Ethical Analysis of the Arguments for and against Living Organ Donation" in AMBAGTSHEER, F. en WEIMAR, W. (eds.), *The EUOD Project. Living Organ Donation in Europe. Results and Recommendations*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2013, 53-76.
- PENN, I., "Precautions to be Taken to Prevent Transmission of Neoplastic Diseases in the Grafting Process" in ENGLERT, Y. (ed.), *Organ and Tissue Transplantation in the European Union: Management of Difficulties and Health Risks Linked to Donors*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, 47-55.
- PENNINGS, G., "Ethics of organ retrieval" in ENGLERT, Y. (ed.), *Organ and Tissue Transplantation in the European Union: Management of Difficulties and Health Risks Linked to Donors*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, 166-170.
- PERSAD, G., WERTHEIMER, A. en EMANUEL, E.J., "Principles for allocation of scarce medical interventions", *Lancet* 2009, 423-431.
- PERSIJN, G.G. en COHEN, B., "Self-sufficiency in Europe: Evaluation of Needs" in ENGLERT, Y. (ed.), *Organ and Tissue Transplantation in the European Union: Management of Difficulties and Health Risks Linked to Donors*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, 157-165.
- PERSIJN, G.G., "Transplantatiegeneeskunde. De huidige stand van zaken" in KIRKELS, V.G.H.J. (ed.), *Transplantatie en mensbeeld*, Baarn, Ambo, 1992, 11-22.
- PETRINI, C., "Ethical Issues With Informed Consent From Potential Living Kidney Donors", *Transpl. Proc.* 2010, vol. 42, 1040-1042.
- PIETER HOOGLAND, E.R. *et al.*, "Kidneys from uncontrolled donors after cardiac death: wich kidneys do worse?", *Transpl. Int.* 2013, 477-484.
- PIRET, J.-M. "Organ Procurement and Allocation: Tragic Choices and Utilitarian Redefinitions of Death" in DEN EXTER, A. en BUIJSEN, M. (eds.), *Rationing Health Care. Hard Choices and Unavoidable Trade-offs*, Maklu, Antwerpen, 2012, 87-109.
- PILLEN, E., "Vaststelling van de dood", *T. Gen.* 1994, 1295-1296.
- PLOEG, R.J., "Transplantatie van nier en pancreas" in GOOSZEN, H.G., ARONSON, D.C., BLANKENSTEIJN, J.D. *et al.* (eds.), *Leerboek chirurgie*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum, 2006, 407-418.
- POMFRET *et al.*, "Life Insurability of the Right Lobe Live Liver Donor", *Liver Transplantation* 2005, vol. 11, 739-740.
- POPPE, C., "Transplantatiepatiënten: psychologische evaluatie en begeleiding", *T. Gen.* 2014, 1024-1029.
- POTTS, M. en EVANS, D.W., "Does it matter that organ donors are not dead? Ethical and policy implications", *J. Med. Ethics* 2005, 406-409.
- POWELL, T., "Face Transplant: Real and Imagined Ethical Challenges", *J. L. Med. Ethics* 2006, 111-115.
- PRESIDENT'S COUNCIL ON BIOETHICS, *Controversies in the Determination of Death*, 2008, <https://bioethicsarchive.georgetown.edu>, 144 p.
- PRICE, D., "Conditional Organ Donation – A View of the Ethicist", *Transplantation* 2008, 1540-1541.
- PROTTAS, J.M., "Nonresident Aliens and Access to Organ Transplant", *Transpl. Proc.* 1989, 3426-3429.
- PRUETT, T.L. *et al.*, "The Ethics Statement of the Vancouver Forum in the Live Lung, Liver, Pancreas, and Intestine Donor", *Transplantation* 2006, vol. 81, nr. 10, 1386-1387.
- PURNELL, T.S. *et al.*, "Comparison of Life Participation Activities Among Adults Treated by Hemodialysis, Peritoneal Dialysis, and Kidney Transplantation: A Systematic Review", *AJKD* 2013, vol. 62, 953-973.
- QUINTINI, C. *et al.*, "Is there an advantage of living over deceased donation in liver transplantation?", *Transpl. Int.* 2013, vol. 26, 11-19.
- RAES, K., "Macrosociale dimensies van keuzen in de zorg" in SANTENS, M. (ed.), *Een rechtvaardige gezondheidszorg*, Brugge, die Keure, 2008, 7-55.
- RAO, P.S. en OJO, A., "The Alphabet Soup of Kidney Transplantation: SCD, DCD, ECD – Fundamentals for the Practicing Nephrologist", *Clin. J. Am. Soc. Nephrol.* 2009, 1827-1831.
- RAVINDRA, K.V. *et al.* "Composite Tissue Allotransplantation: Current Challenges", *Transpl. Proc.* 2009, vol. 41, 3519-3528.

- REDING, R., "Is It Right to Promote Living Donor Liver Transplantation for Fulminant Hepatic Failure in Pediatric Recipients?", *Am. J. Transpl.* 2005, vol. 5, 1587-1591.
- REES, M.A. *et al.*, "A Nonsimultaneous, Extended, Altruistic-Donor Chain", *N. Engl. J. Med.* 2009, vol. 360, 1096-1101.
- REICH, D.J., "Non-Heart-Beating Donor Organ Procurement" in HUMAR, A., MATAS, A.J. en PAYNE, W.D. (eds.), *Atlas of Organ Transplantation*, Londen, Springer, 2006, 23-31.
- REICHMAN, T.W. *et al.*, "Living donor versus deceased donor liver transplantation: a surgeon-matched comparison of recipient morbidity and outcomes", *Transpl. Int.* 2013, vol. 26, 780-787.
- REPORT OF THE AD HOC COMMITTEE OF THE HARVARD MEDICAL SCHOOL, "A Definition of Irreversible Coma", *JAMA* 1968, 337-340.
- RIGTER, H. en BOS, M.A., "The diffusion of organ transplantation in Western Europe", *Health Policy* 1990, vol. 16, 133-145.
- RITHALIA, A. *et al.*, "Impact of presumed consent for organ donation on donation rates: a systematic review", *BMJ online* 2009, 1-8.
- ROCHE, N.A. *et al.*, "Complex facial reconstruction by vascularized composite allotransplantation: The first Belgian case", *J. Plast. Reconstr. Aesthet. Surg.* 2015, 362-371.
- RODRIGUE, J.R. *et al.*, "Altruistic Kidney Donation to a Stranger: Psychosocial and Functional Outcomes at Two US Transplant Centers", *Transplantation* 2011, vol. 91, 772-778.
- RODRIGUE, J.R. *et al.*, "The Decline in Living Kidney Donation in the United States: Random Variation or Cause for Concern?", *Transplantation* 2013, vol. 96, 767-773.
- RODRÍGUEZ-ARIAS, D., "The social acceptability of implementing morally challenging strategies to increase donor rates" in RANDHAWA, G. en SCHICKTANZ, S. (eds.), *Public Engagement in Organ Donation and Transplantation*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2013, 70-79.
- ROELS, L. *et al.*, "A Survey on Attitudes to Organ Donation Among Three Generations in a Country With 10 Years of Presumed Consent Legislation", *Transpl. Proc.* 1997, vol. 29, 3224-3225.
- ROELS, L., DESCHOOLMEESTER, G. en VANRENTERGHEM, Y., "A Profile of People Objecting to Organ Donation in a Country With a Presumed Consent Law: Data From the Belgian National Registry", *Transpl. Proc.* 1997, vol. 29, 1473-1475.
- ROGERS, A. en DURAND DE BOUSINGEN, D., *Bioethics in Europe*, Straatsburg, Council of Europe Press, 1995, 366 p.
- ROHANINEJAD, M.R. en MOHAMMADI, S.F., "Chain Exchange Transplantation: Could the Pool of Organs Be Expanded Through Donation by Transplanted Living Cases?", *Transpl. Proc.* 2002, vol. 34, 3045-3050.
- ROODNAT, J.I. *et al.*, "The Feasibility of Altruistic Kidney Donation in Combination with Domino-Paired Donation" in WEIMAR, W., BOS, M.A. en BUSSCHBACH, J.J.V. (eds.), *Organ Transplantation: Ethical, Legal and Psychosocial Aspects. Expanding the European Platform*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2011, 385-390.
- ROSENFELD, J.V. en LENNARSON, P.J., "Coma and Brain Death" in SCHAPIRA, A.H.V. (ed.), *Neurology and Clinical Neuroscience*, Philadelphia, Mosby, 2007, 97-116.
- ROSS, L.F. en THISTLETHWAITE, J.R., "Minors as living solid-organ donor", *Pediatrics* 2008, 454-461.
- ROSS, L.F., "Moral grounding for the participation of children as organ donors", *J.L. Med. & Ethics* 1993, 251-257.
- ROSS, L.F., "The Ethics of Kidney Paired Exchanges and Thematic Variations" in WEIMAR, W., BOS, M.A. en BUSSCHBACH, J.J. (eds.), *Organ Transplantation: Ethical, Legal and Psychosocial Aspects. Towards a Common European Policy*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2008, 183-189.
- ROSS, L.F., "What the Medical Excuse Teaches Us About the Potential Living Donor as Patient", *Am. J. Transpl.* 2010, vol. 10, 731-736.
- ROSS, L.F. *et al.*, "Should all living donors be treated equally?", *Transplantation* 2002, vol. 74, 418-421.
- ROSS, L.F. en ZENIOS, S., "Restricting Living-Donor-Cadaver-Donor Exchanges to Ensure that Standard Blood Type O Wait-List Candidates Benefit", *Transplantation* 2004, 641-646.
- ROSSI, M. *et al.*, "Liver Transplantation: Expanding the Donor Pool", *Transpl. Proc.* 2001, vol. 33, 1307-1309.
- ROTH, A.E. *et al.*, "Utilizing List Exchange and Nondirected Donation through 'Chain' Paired Kidney Donations", *Am. J. Transpl.* 2006, vol. 6, 2694-2705.
- RUDOW, D.L., "The living donor advocate: a team approach to educate, evaluate, and manage donors across the continuum", *Progress in Transplantation* 2009, vol. 19, nr. 1, 64-70.
- RUDOW, D.L. *et al.*, "Donor Morbidity and Mortality" in GRUESSNER, R.W.G. en BENEDETTI, E. (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, New York, McGraw-Hill Medical, 2008, 504-512.
- SALOMA, J.W., "My Mommy's Kidneys are Sick and She is Dying! Why Internet Solicitation for Transplantation is Unethical" in WEIMAR, W., BOS, M.A. en BUSSCHBACH, J.J. (eds.), *Organ Transplantation: Ethical, Legal and Psychosocial Aspects. Towards a Common European Policy*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2008, 275-281.
- SÁNCHEZ-FRUCTUOSO, A.I. *et al.*, "Renal Transplantation from Non-Heart Beating Donors: A Promising Alternative to Enlarge the Donor Pool", *J. Am. Soc. Nephrol.* 2000, 350-358.

- SANDHU, G.S. *et al.*, “Impact of Substance Abuse on Acces to Renal Transplantation”, *Transplantation* 2011, 86-93.
- SANNER, M.A. *et al.*, “Workshop 3. Altruism, Counselling and Psychological Aspects of Living Donation: Recommendations” in WEIMAR, W., BOS, M.A. en BUSSCHBACH, J.J. (eds.), *Organ Transplantation: Ethical, Legal and Psychosocial Aspects. Towards a Common European Policy*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2008, 291-198.
- SANTIAGO-DELPÍN, E.A., “Ethical Dilemmas: Transplantation in Prisoners and the Mentally Disabled”, *Transpl. Proc.* 2003, 2057-2059.
- SAVULESCU, J., “Substantial harm but substantial benefit”, *BMJ* 1996, 241-242.
- SAYEGH, M.H. en CARPENTER, C.B., “Transplantation 50 Years Later – Progress, Challenges, and Promises”, *N. Engl. J. Med.* 2004, vol. 351, afl. 26, 2761-2766.
- SCHEPER-HUGHES, N., “The Tyranny of the Gift: Sacrificial Violence in Living Donor Transplants”, *Am. J. Transpl.* 2007, vol. 7, 507-511.
- SCHIANO, T.D. en RHODES, R., “Transplant Tourism” in BOTTERILL, D., PENNINGS, G. en MAINIL, T., *Medical Tourism and Transnational Health Care*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2013, 113-130.
- SCHLOTTERER, M., “Les règles de bonnes pratiques de prélèvement d’organes. Garanties de qualité et de sécurité” in CARVAIS, R. en SASPORTES, M. (eds.), *La greffe humaine: (in)certitudes éthiques: du don de soi à la tolérance de l'autre: dialogue pluridisciplinaire sur "la greffe, le don et la société"*, Parijs, Presses universitaires de France, 2000, 727-741.
- SCHNEEBERGER, S. *et al.*, “Vascularized Composite Allotransplantation: A Member of the Transplant Family?”, *Transplantation* 2012, vol. 93, 1088-1091.
- SCHOTSMANS, P., *Handboek medisch ethiek*, Leuven, LannooCampus, 2008, 264 p.
- SCHOTSMANS, P. *et al.*, “Ethiek en religie” in MONBALIU, D., LORMANS, P. en LEDOUX, D. (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, Leuven, Acco, 2014, 136-142.
- SCHOTSMANS, P., “Een ethisch advies inzake prelevatie vna organen bij non heart beating donoren”, *Acta Hosp.* 1996, 59-60.
- SCHOTSMANS, P., “Kinderen hebben ook organen nodig” in DIERICKX, K., e.a., *Kinderen niet toegelaten? Ethisch verantwoord omgaan met kinderen in de geneeskunde*, Leuven, Davidsfonds Uitgeverij, 2010, 55-66.
- SEGEV, D.L. en MONTGOMERY, R.A., “The Application of Paired Donation to Live Donor Liver Transplantation”, *Liver Transplantation* 2010, vol. 16, 423-425.
- SHARIF, A., “Unspecified Kidney Donation – A Review of Principles, Practice and Potential”, *Transplantation* 2013, vol. 95, 1425-1430.
- SHARKEY, K. en GILLAM, L., “Should patients with self-inflicted illness receive lower priority in access to healthcare resources? Mapping out the debate”, *J. Med. Ethics* 2010, 661-665.
- SHAW, A.B., “Non-therapeutic (elective) ventilation of potential organ donors: the ethical basis for changing the law”, *J. Med. Ethics* 1996, 72-77.
- SHEN, G.K., NILES, P.A. en RICHARDSON, K.E., “Presumed consent: the case of the John Doe donro”, *Transplantation* 2004, 792-793.
- SHEWMON, A., “Chronic “brain death”. Meta-analysis and conceptual consequences”, *Neurology* 1998, 1538-1545.
- SHEWMON, D.A., “The Brain and Somatic Integration: Insights Into the Standard Biological Rationale for Equating “Brain Death” With Death”, *J. Med. Phil.* 2001, 457-478.
- SHIMAZONO, Y., “The state of the international organ trade: a provisional picture based on integration of available information”, *Bull. World Health Organ.* 2007, 955-962.
- SHRESTHA, R., “Psychological Aspects” in GRUESSNER, R.W.G. en BENEDETTI, E. (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, New York, McGraw-Hill Medical, 2008, 518-521.
- SIEGLER, J., SIEGLER, M. en CRONIN II, D.C., “Recipient Death During a Live Donor Liver Transplantation: Who Gets the “Orphan” Graft?”, *Transplantation* 2004, 1241-1244.
- SIEMIONOW, M. en SONMEZ, E., “Face as an organ”, *Ann. Plast. Surg.* 2008, vol. 61, 345-352.
- SILVA, D.S. en WRIGHT, L., “Of Altruists and Egoists: Living Anonymous Donors” in WEIMAR, W., BOS, M.A. en BUSSCHBACH, J.J. (eds.), *Organ Transplantation: Ethical, Legal and Psychosocial Aspects. Towards a Common European Policy*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2008, 291-297.
- SMART, B., “Fault and the allocation of spare organs”, *J. Med. Ethics* 1994, 26-30.
- SPITAL, A., “Should People Who Donate a Kidney to a Stranger Be Permitted to Choose Their Recipients? Views of the United States Public”, *Transplantation* 2003, 1252-1256.
- SPITAL, A. en TAYLOR, J.S., “Reconsidering the Consent Requirement for Organ Recovery After Death”, *Transplantation* 2008, 1632.
- SPITAL, A., “Donor Benefit Is the Key to Justified Living Organ Donation”, *Camb. Q. Healthc. Ethics* 2004, vol. 13, 105-109.
- SPITAL, A., “Ethical issues in living organ donation: Donor autonomy and beyond”, *AJKD* 2001, vol. 38, nr. 1, 189-195.

- SPITAL, A., "Informed Consent" in GRUESSNER, R.W.G. en BENEDETTI, E. (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, New York, McGraw-Hill Medical, 2008, 47-53.
- SPITAL, A., "Justification of living-organ donation requires benefit for the donor that balances the risk: commentary on Ross et al.", *Transplantation* 2002, vol. 74, 423-424.
- SPITAL, A., "Living Organ Donation. Shifting Responsibility", *Arch. Intern. Med.* 1991, vol. 151, 234-235.
- SPITAL, A., "More on Parental Living Liver Donation for Children with Fulminant Hepatic Failure: Addressing Concerns About Competing Interests, Coercion, Consent and Balancing Acts", *Am. J. Transpl.* 2005, vol. 5, 2619-2622.
- SPITAL, A., "Conscription of cadaveric organs for transplantation: Time to start talking about it", *Kidney Int.* 2006, 607.
- SPITAL, A.L., "Unrelated Living Donors: Should They Be Used?", *Transpl. Proc.* 1992, vol. 24, 2215-2217.
- SQUIFFLET, J.-P., "Donor Advocacy with Special Reference to Belgium", *Transpl. Proc.* 2011, vol. 43, 3392-3395.
- SQUE, M., LONG, T. en PAYNE, S., "Why Bereaved Relatives Decline Organ and Tissue Donation" in WEIMAR, W., BOS, M.A. en BUSSCHBACH, J.J. (eds.), *Organ Transplantation: Ethical, Legal and Psychosocial Aspects. Towards a Common European Policy*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2008, 471-480.
- STEEL, J.L., "The development of practice guidelines for independent living donor advocates", *Clin. Transplant* 2013, vol. 27, 178-184.
- STEINBERG, D., "Kidney transplants from young children and the mentally retarded", *Theoretical medicine* 2004, 229-241.
- STEINBERG, D., "The Allocation of Organs Donated by Altruistic Strangers", *Ann. Intern. Med.* 2006, 197-203.
- STEINER, R. en MATAS, A., "Response to: Spital 'Uncertainty Does Not Preclude Rationality'", *Am. J. Transpl.* 2008, vol. 8, 1966.
- STEINER, R. en MATAS, A.J., "First Things First: Laying the Ethical and Factual Groundwork for Living Kidney Donor Selection Standards", *Am. J. Transpl.* 2008, vol. 8, 930-932.
- STROH, G. et al., "Early Liver Transplantation for Patients With Acute Alcoholic Hepatitis: Public Views and the Effects on Organ Donation", *Am. J. Transpl.* 2015, 1598-1604.
- SÝKORA, P., "Altruism: Reciprocity/Solidarity Approach" in WEIMAR, W., BOS, M.A. en BUSSCHBACH, J.J.V. (eds.), *Organ Transplantation: Ethical, Legal and Psychosocial Aspects. Expanding the European Platform*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2011, 365-369.
- TACK, S., "Leven doorgeven. Een beschrijvend onderzoek naar de prelevatieprocedure bij 'non-heart-beating' donoren met specifieke aandacht voor nierdonatie", *Orpadt forum* 2006, jaargang 7, nr. 1, 20-36.
- TAYLOR, J.S. en SPITAL, A., "Uncertainty Does Not Preclude Rationality", *Am. J. Transpl.* 2008, vol. 8, 1965.
- TERPSTRA, O.T., "Selectie van patiënten" in TEN HAVE, H.A.M.J., ENGBERTS, D.P. en KALKMAN-BOGERD, L.E. (eds.), *Ethiek en recht in de gezondheidszorg*, Deventer, Kluwer, 1992, losbl., XXIII, 11-16.
- THE ETHICS COMMITTEE OF THE TRANSPLANTATION SOCIETY, "The Consensus Statement of the Amsterdam Forum on the Care of the Live Kidney Donor", *Transplantation* 2004, vol. 78, nr. 4, 491-492.
- THE UNOS ETHICS COMMITTEE, "General Principles for Allocating Human Organs and Tissues", *Transpl. Proc.* 1992, 2227-2235.
- THIEL, G., "Living kidney donor transplantation – new dimensions", *Transpl. Int.* 1998, vol. 11, s50-s56.
- THIEL, G. et al., "Crossover Renal Transplantation: Hurdles to Be Cleared!", *Transpl. Proc.* 2001, vol. 33, 811-816.
- THORNTON, V., "Who gets the liver transplant? The use of responsibility as the tie breaker", *J. Med. Ethics* 2009, 739-742.
- THYS, K. et al., "Could minors be living kidney donors? A systematic review of guidelines, position papers and reports", *Transpl. Int.* 2013, 949-960.
- TIBELL, A., "Author's Reply: Reconsidering the Consent Requirement for Organ Recovery After Death", *Transplantation* 2008, 1632-1633.
- TIBELL, A., "The Transplantation Society Statement on Directed and Conditional Donation", *Transplantation* 2008, 1538-1539.
- TIMMERMAN, L. et al., "Psychological Functioning of Unspecified Anonymous Living Kidney Donors Before and After Donation", *Transplantation* 2013, vol. 95, nr. 11, 1369-1374.
- TROISI, R.I. en BOSMANS, J.-L., "Organ Donation in Belgium 2010: An Increase of Combined Organ Transplants and Living Donor Liver Transplantations", *Transpl. Proc.* 2011, vol. 43, 3439-3440.
- TROTTER, J.F. et al., "Long-Term Donor Outcomes" in GRUESSNER, R.W.G. en BENEDETTI, E. (eds.), *Living Donor Organ Transplantation*, New York, McGraw-Hill Medical, 2008, 513-518.
- TRUOG, R.D., MILLER, F.G. en HALPERN, S.D., "The Dead-Donor Rule and the Future of Organ Donation", *NEJM* 2013, 1287-1289.
- VALAPOUR, M. et al., "Assessing elements of informed consent among living donors", *Clin. Transplant* 2011, vol. 25, 185-190.
- VAN ASSCHE, K., GENICOT, G. en STERCKX, S., "Living Organ Procurement from the Mentally Incompetent: The Need for More Appropriate Guidelines", *Bioethics* 2012, 1-9.
- VAN BEEUMEN, G., "Orgaandonatie: juridische en organisatorische aspecten", *Orpadt forum*, jaargang 1, 1-5.

- VAN DEN BOSCH, J.M.M., "Longtransplantatie met behulp van levende donoren", *Ned. T. Gen.* 2006, 184-188.
- VAN DEYNSE, D. *et al.*, "Non-Heart-Beating Donor, Renewal of an Old Procedure: A Belgian Experience", *Transpl. Proc.* 2005, 2821-2822.
- VAN DIJK, G. *et al.*, "Orgaandonatie na euthanasie bij een patiënt met een neurodegeneratieve aandoening", *Ned. T. Gen.* 2013, 1-4.
- VAN GELDER, F. *et al.*, "An 11-Year Overview of the Belgian Donor and Transplant Statistics Based on a Consecutive Yearly Data Follow-up and Comparing Two Periods: 1997 to 2005 Versus 2006 to 2007", *Transpl. Proc.* 2009, vol. 41, 569-571.
- VAN GELDER, F. *et al.*, "What is the Limiting Factor for Organ Procurement in Belgium: Donation or Detection? What Can Be Done to Improve Organ Procurement Rates?", *Acta Chir. Belg.* 2008, 27-30.
- VAN GOGH, J. *et al.*, "Psychosocial Characteristics Predictive of Post-operative Mental Health in Living-related Liver or Kidney Donors: A Systematic Literature Review" in WEIMAR, W., BOS, M.A. en BUSSCHBACH, J.J.V. (eds.), *Organ Transplantation: Ethical, Legal and Psychosocial Aspects. Expanding the European Platform*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2011, 347-354.
- VAN HAELEWIJCK, B., *Don d'organes. Don de tissus*, Brussel, Kluwer, 2002, 196 p.
- VAN HAELEWIJCK, B. *et al.*, "How to Improve the Public Image of Organ Donation" in ENGLERT, Y. (ed.), *Organ and Tissue Transplantation in the European Union: Management of Difficulties and Health Risks Linked to Donors*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, 180-185.
- VAN RAEMDONCK, D. *et al.*, "Initial experience with transplantation of lungs recovered from donors after euthanasia", *App. Cardiopulm. Path.* 2011, 38-48.
- VAN RAEMDONCK, D. en SMITS, J., "Allocatie van donororganen in tijden van schaarste", *T. Gen.* 2015, 180-186.
- VAN REUSEL, W. en SCHOTSMANS, P., "Hoe onoplosbaar is het tekort aan organen voor transplantatie?", *A. Hosp.* 2004, 59-61.
- VANHERCK, A. *et al.*, "Levende nierdonatie: psychosociale aspecten van de donor", *T. Gen.* 2000, vol. 56, 1617-1624.
- VEATCH, R.M., "The Impending Collapse of the Whole-Brain Definition of Death", *Hastings Center Report* 1993, 18-24.
- VEATCH, R.M., "Who Empowers Medical Doctors to Make Allocative Decisions For Dialysis and Organ Transplantation?" in LAND, W. en DOSSETOR, J.B. (eds.), *Organ Replacement Therapy: Ethics, Justice and Commerce*, Berlijn/Heidelberg, Springer-Verlag, 1991, 331-336.
- VERSCHUREN, F. *et al.*, "DCD ('Donation after circulatory death')-orgaandonoren" in MONBALIU, D., LORMANS, P. en LEDOUX, D. (eds.), *Zakboek orgaan- en weefseldonatie*, Leuven, Acco, 2014, 68-94.
- VOLK, M.L. en UBEL, P.A., "A Gift of Life: Ethical and Practical Problems With Conditional and Directed Donation", *Transplantation* 2008, 1542-1544.
- VOLK, M.L. en UBEL, P.A., "The Impracticality of Overriding Family Rejection of Donation", *Transplantation* 2008, 1631.
- VOLK, M.L., "Organ Quality as a Complicating Factor in Proposed Systems of Inducements for Organ Donation", *Law & Contemp. Probs.* 2014, 337-345.
- WAER, M., "Orgaantransplantatie: immunologische basis en toekomstperspectieven", *T. Gen.* 1994, nr. 17, 1335-1340.
- WAHLSTER, S. *et al.*, "Brain death declaration. Practices and perceptions worldwide", *Neurology* 2015, 1870-1879.
- WHITE, S.L. *et al.*, "The global diffusion of organ transplantation: trends, drivers and policy implications", *Bull. World Health. Organ.* 2014, 826-835.
- WILKINSON, D. en SAVULESCU, J., "Should we allow organ donation euthanasia? Alternatives for maximizing the number and quality of organs for transplantation", *Bioethics* 2012, 32-48.
- WILKINSON, T.M., "What's not wrong with conditional organ donation?", *J. Med. Ethics* 2003, 163-164.
- WILMINK, J.M., "Ethische aspecten" in VAN WEZEL H.B.M., SLOOFF, M. en VAN GOOR, H. (eds.), *Orgaandonatie. Organisatorische, juridische, ethische en medisch-technische aspecten van orgaan- en weefseldonatie*, Houten, Bohn Stafleu Van Loghum, 1998, 22-33.
- WOODLE, E.S. *et al.*, "Ethical Considerations for Participation of Nondirected Living Donors in Kidney Exchange Programs", *Am. J. Transpl.* 2010, vol. 10, 1460-1467.
- WRIGHT, L. *et al.*, "Review of Ethical Guidelines for the Evaluation of Living Organ Donors" in WEIMAR, W., BOS, M.A. en BUSSCHBACH, J.J.V. (eds.), *Organ Transplantation: Ethical, Legal and Psychosocial Aspects. Expanding the European Platform*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2011, 407-416.
- WRIGHT, M. *et al.*, "Living Anonymous Liver Donation: Case Report and Ethical Justification", *Am. J. Transpl.* 2007, vol. 7, 1032-1035.
- X. (ed.), *NOTIFY: Exploring Vigilance Notification for Organs, Tissues and Cells*, Bologna, Editrice Compositori, 2011, 133 p.
- YANG, R.C. *et al.*, "Life Insurance for Living Kidney Donors: A Canadian Undercover Investigation", *Am. J. Transpl.* 2009, vol. 9, 1585-1590.
- YOUNGNER, S.J., ARNOLD, R.M. en DEVITA, M.A., "When is 'Dead'?", *Hastings Center Report* 1999, 14-21.

- YSEBAERT, D. *et al.*, "Organ Procurement After Euthanasia: Belgian Experience", *Transpl. Proc.* 2009, 585-286.
- ZARGOOSHI, J., "Iran's Commercial Renal Transplantation Program: Results and Complications" in WEIMAR, W., BOS, M.A. en BUSSCHBACH, J.J. (eds.), *Organ Transplantation: Ethical, Legal and Psychosocial Aspects. Towards a Common European Policy*, Lengerich, Pabst Science Publishers, 2008, 80-92.
- ZINNER, S., "Cognitive development and pediatric consent to organ donation", *Camb. Q. Healthc. Ethics* 2004, 125-132.
- ZUIDEMA, W. *et al.*, "Programma voor Samaritaanse nierdonatie in Erasmus MC, 2000-september 2008", *Ned. T. Gen.* 2009, vol. 153, 595-599.